

LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO PENAL TRAS LA ÚLTIMA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Antonio Roma Valdés,
Abogado-Fiscal

La regulación de la segunda instancia en nuestro proceso penal se limita en exclusiva al artículo 795.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que condiciona el dictado de sentencias condenatorias al resolver un recurso de apelación, en el supuesto de sentencias absolutorias en instancia cuando se discrepa en la valoración del material probatorio.

Sobre el particular, debe recordarse que el artículo 795.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor "en el mismo escrito de formalización (del recurso de apelación), podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que formule en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas, que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba han producido indefensión".

La regulación expuesta es idéntica a la fijada en el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez entre en vigor la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que introduce los denominados juicios rápidos y otorga una nueva regulación en el procedimiento abreviado. Como es bien sabido la regulación del recurso de casación imposibilita la práctica de prueba ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los casos en que deba dictar sentencia en esta modalidad de recurso.

Aun así, cabe añadir que la parquedad de la regulación dejaba supuestos sin resolver, como sucede en los casos de prueba denegada por el órgano de primera instancia, no expresamente incluido en el precepto y para el cual la doctrina había venido a concluir que debería resolverse atendiendo al procedimiento de nulidad de actuaciones (v. A. JORGE BARREIRO, "Recurso de apelación contra las sentencias en el proceso penal: procedimiento abreviado y procedimiento ante el Tribunal del Jurado", en A. DEL MORAL GARCÍA, *Recursos en el orden jurisdiccional penal, cuadernos del Consejo General del Poder judicial*, 1995, pp. 86-87).

Mirar

Un caso distinto lo encontramos transformado tras la reciente interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional con posterioridad a la Sentencia 167/2002 (CONDE MARTÍN DE HIJAS), dictada por el Pleno el 18 de septiembre, seguida por las sentencias de la Sala Segunda con números 170/2002 (PÉREZ VERA), de 30 de septiembre, 197/2002, 198/2002 (ambas GAY MONTALVO), 200/2002 (CONDE MARTÍN DE HIJAS), las últimas de 28 de octubre, 212/2002, de 11 de noviembre (JIMÉNEZ SÁNCHEZ) y 230/2002, de 9 de diciembre (CONDE MARTÍN DE HIJAS). El motivo de la primera sentencia, que modifica la precedente doctrina del Tribunal Constitucional, se encuentra en la recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emanada fundamentalmente de sus sentencias de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumania*, y 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros c. San Marino*, y más indirectamente de las sentencias de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia* y 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Åke Andersson c. Suecia*.

Hasta ese momento la doctrina del Tribunal Constitucional se resumía en las sentencias 43/1997, 127/1997 y 120/1999, que negaban el amparo a quienes alegaban ante el Tribunal Constitucional la falta de inmediación por parte del órgano que resuelve el recurso de apelación y no proponían ante dicho órgano con carácter previo al recurso de amparo la práctica de prueba al amparo de la legislación vigente. Precisamente la contradicción con esa interpretación motiva que sea el Pleno de dicho órgano constitucional quien altere la doctrina vigente.

Con objeto de introducir la materia debe precisarse que la nueva doctrina constitucional afecta en exclusiva al supuesto de absolucón por el órgano de instancia, seguido de recurso basado en la interpretación de prueba divergente. Quedan por consiguiente incluidos los casos de sentencias dictadas por jueces de paz y de instrucción en los juicios de faltas, y de jueces de lo penal y jueces centrales de lo penal en el procedimiento abreviado. Quedan excluidos los supuestos de recursos basados en motivos distintos a la interpretación del material probatorio de cargo.

La primera sentencia que nos ocupa es la 167/2002, que otorga el amparo en un supuesto en el que el órgano de apelación, en este caso la Audiencia Provincial de Alicante, condenaba a los recurrentes en amparo, quienes habían reconocido unos hechos constitutivos de delito contra la propiedad intelectual ante el Juez Instructor que posteriormente negaron en el acto del juicio ante el Juez de lo Penal. La Audiencia consideró dignas de crédito las primeras versiones y condenó a los recurrentes en amparo sobre la disensión de la prueba incriminatoria sin escuchar directamente las versiones de los finalmente condenados, que nadie le había reclamado. Dejando de lado otros aspectos de esta prolija sentencia del Tribunal Constitucional, el motivo de la concesión de amparo se encuentra en la recepción de la doctrina expresada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias indicadas líneas más arriba. En sus fundamentos números 9, 10 y 11, el Tribunal Constitucional incide en la cuestión llegando a una conclusión ciertamente trascendente en nuestra regulación procesal, considerando el quebranto de los derechos a la tutela judicial efectiva (24.1) y a un proceso público con todas las garantías (24.2 de la Constitución) al infringirse los principios de inmediación y contradicción.

La sentencia en cuestión contiene un voto particular expresado por el Magistrado Sr. GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, quien disiente del parecer mayoritario entre otros aspectos, en la falta de precisión del alcance de la doctrina emanada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal Constitucional. En ambos casos el órgano europeo se refiere a la aplicación particular de los ordenamientos jurídicos de San Marino y de Rumanía. Además, los parágrafos 94, 95 y 96 de la sentencia *Tierce y otros c. San Marino* y los números 54, 55, 58 y 59 de la sentencia *Constantinescu c. Rumania* son muy poco explícitos. Según los primeros:

94 El tribunal aprecia en esta conexión que, en una primera instancia, el concepto de un juicio justo implica que una persona acusada de una infracción criminal debería tener la facultad de asistir a los debates (véase la sentencia *Colozza c. Italia* de 12 de febrero de 1985, §§ 27-29).

95 La ausencia de vista pública en apelación puede estar justificada por las peculiaridades del procedimiento aplicable, con tal de que haya habido una vista pública en primera instancia. De esta manera, su ausencia en los procedimientos en los que se valora la aplicación de la ley, a diferencia de los procedimientos de valoración de los hechos, puede cumplir con los requisitos del artículo 6 incluso cuando el apelante no ha tenido la oportunidad de ser oído personalmente por el tribunal de apelación (ver la sentencia *Ekbatani c. Suecia* de 26 de mayo de 1988, § 31). Sin embargo, si el tribunal de apelación debe examinar tanto los aspectos fácticos como los jurídicos y hacer un examen completo de la concurrencia de la culpabilidad o de la inocencia, no puede decidir sin una valoración directa del material probatorio presentado por el acusado en persona con el fin de acreditar que él no cometió el hecho que constituía una infracción criminal y por el que venía siendo acusa-

do. El principio de que las vistas sean llevadas a cabo en público determina el derecho del acusado a ser oído por el tribunal de apelación. De esa perspectiva, el principio de publicidad de los debates persigue el propósito de garantizar el derecho de defensa del acusado.

96 El Tribunal debe examinar si en el caso de instancia, las particularidades del procedimiento de apelación de San Marino garantiza el derecho a una audiencia pública en el que el acusado pueda exponer su caso.

Y nada más. Por su parte, los párrafos de la sentencia *Constantinescu c. Rumania* aludidos por el Tribunal Constitucional rezan así:

54 En los casos en que un tribunal de apelación cuenta con jurisdicción para valorar los aspectos fácticos y los jurídicos, el artículo 6 no ampara necesariamente el derecho a una audiencia pública o, si se lleva a cabo tal audiencia, el derecho a participar en persona en los debates (véase, por ejemplo, la sentencia *Fejde v. Suecia* del 29 de octubre 1991, § de 33).

55 Sin embargo, el Tribunal ha sostenido que si un tribunal de apelación puede examinar un caso tanto en los aspectos fácticos como jurídicos y hacer un examen completo de la concurrencia de la culpabilidad o de la inocencia del demandante ante este Tribunal, no puede, en el ámbito de un juicio justo, decidir sin una valoración directa del testimonio dado por el reo por sí mismo con el fin de acreditar que él no cometió el hecho que constituía una infracción criminal y por el que venía siendo acusado (véase la sentencia *Ekbatani c. Suecia* del 26 de mayo 1988, § de 32).

58 En el asunto de instancia, el Tribunal aprecia que, habiendo revocado la absolución en primera instancia, el tribunal de apelación de Bucarest estimó una acusación contra el demandante ante este Tribunal por calumnia, sin haber oído nada por su parte. Este Tribunal no comparte los argumentos del Gobierno rumano según el cual el tribunal nacional le permitió hablar en último término. El primer término, cabe apreciar que el gobierno rumano y el demandante discrepan en cuanto a quien tuvo efectivamente la última palabra. En segundo término, debe subrayarse que aunque el derecho a la última palabra del acusado no carece de importancia, no puede ser comparado al derecho a ser oído en la vista por el tribunal.

59 Por consiguiente, el Tribunal considera que el tribunal de apelación de Bucarest estimó una acusación contra el demandante y le consideró culpable de calumnia sin haberle otorgado la oportunidad de defenderse. Considera que el tribunal de apelación de Bucarest debería haber oído al demandante, cuidando en particular el dato de que era el primer órgano jurisdiccional para condenarlo en los procedimientos traídos para estimar una acusación criminal contra él.

Como puede apreciarse, la cuestión no es tan clara y se deriva de supuestos muy distintos a los que ocupan en su sentencia al Tribunal Constitucional. Debe precisarse que la doctrina emanada es aplicable en todos los casos en que el tribunal de apelación puede conocer la valoración de la prueba, sean condenatorias o absolutorias las sentencias de primera instancia, y se derivan del derecho establecido en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979, a cuyo tenor "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella". Debe recordarse que el artículo 6.3 del mismo tratado reconoce en particular el derecho mínimo de todo acusado a "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su con-

tra". Sobre este planteamiento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la necesidad de que el acusado pueda presentar los medios probatorios que considere oportunos y de ahí la interpretación de este organismo en las sentencias mencionadas.

El Tribunal Constitucional ha limitado la recepción de la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos únicamente al caso de sentencias absolutorias en la primera instancia. Según su resolución, en tales casos es preciso que el órgano judicial que resuelve la apelación basada en la discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia escuche por sí mismo al propio acusado y, recordemos la sentencia *Constantinescu c. Rumanía*, no es comparable el derecho a la última palabra con la audiencia al acusado, esto es, debe atenderse a su testimonio de forma efectiva.

No obstante, conviene no olvidar que el supuesto que accede al Tribunal Constitucional se basa en la discrepancia de la versión del acusado en el acto del juicio con la expresada ante el Juez de Instrucción con independencia del resto del material probatorio. En estas condiciones cabría preguntarse qué sucede cuando el recurrente de la primera sentencia basa su recurso en la interpretación discordante de otro material probatorio. En este caso, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en sus sentencias 197, 198, 200, 212 y 230/2002, ha apreciado que se vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías si el órgano de apelación no atiende por sí mismo la prueba de cargo. Por el contrario, en la sentencia 170/2002 la misma Sala denegó el amparo cuando al margen de la prueba cuyo resultado se discrepa existe material probatorio suficiente para una revocación de la sentencia de instancia. En suma, el Tribunal Constitucional considera que el órgano que resuelve la apelación debe:

- Partir de la relación de hechos probados en la sentencia absolutoria de instancia.
- En el caso de discrepancia con los hechos probados, practicar la prueba cuyo resultado podría dar lugar a una revocación de la sentencia.
- La prueba se debe practicar en una vista convocada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes.
- Añadimos, con citación personal al acusado.

La última duda a solventar se refiere a la realización de la vista, en concreto si resulta imprescindible la presencia del acusado en los casos en que el juicio no pueda celebrarse en su ausencia conforme a nuestra legislación procesal. Cabe indicar al respecto que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias mencionadas considera que el artículo 6.1 no implica el derecho a la presencia del acusado en la segunda instancia cuando pudo hacerlo en la primera, atendidas las reglas del derecho interno (v. en particular la sentencia *Cooke c. Austria*).