

Desencuentro en la interpretación del derecho a la defensa entre tribunales españoles y TEDH (a propósito de la STEDH de 27 de noviembre de 2012)*

Goizeder Otazua Zabala**

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.97.2013.07>

Sumario: I. Introducción.—II. *Vilanova Goterris y Llop García c. España* (STEDH de 27 de noviembre de 2012). II.1. Circunstancias del caso. II.2. Valoración de las partes ante el TEDH. II.3. El pronunciamiento del TEDH.—III. Fundamento normativo de la condena: el principio de publicidad y la audiencia pública.—IV. Fundamento argumentativo de la condena en base al reexamen de los elementos subjetivos. Hitos jurisprudenciales recientes. IV.1. Carencias del recurso de apelación como medio de revisión. IV.2. Carencias del recurso de casación como medio de revisión.—V. Líneas generales de la discordancia entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el estado español.

I. Introducción

La sentencia recaída en el caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España* (STEDH de 27 de noviembre de 2012) constituye la última resolución condenatoria contra España en lo referente al derecho de defensa en el marco de un debate contradictorio, garantizado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) (1). Las garantías del derecho de defensa en los medios de impugnación continúan siendo un tema debatido a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del GIC «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (IT-675-13) y del Proyecto de Investigación del MICINN dedicado al estudio de «La eficacia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: cuestiones avanzadas» (Ref. DER 2011-25795).

** Investigadora en la Facultad de Derecho UPV/EHU, gracias a la beca predoctoral del Programa de Formación de Investigadores del DEUI del Gobierno Vasco.

(1) Durante el proceso de revisión del presente trabajo el TEDH se ha pronunciado en dos ocasiones condenando al estado español: SSTEDH Nieto Macero c. España, y Román Zurdo y otros c. España (ambas del 8 de octubre de 2013). Sentencias estas que se identifican plenamente con la línea jurisprudencial analizada en nuestro estudio.

TEDH) estableciere las bases de la necesidad de audiencia pública en segunda instancia en su sentencia *Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988. Hasta el día de hoy son muchas las decisiones posteriores que corroboran la doctrina allí recogida (2), pero la controversia sigue latente.

En aras de hacer efectivos los derechos reconocidos en el ámbito europeo y en concreto el derecho de defensa, hace más de diez años el Tribunal Constitucional decidió dar un giro jurisprudencial con su sentencia 167/2002, de 18 de septiembre (3), e integrar la doctrina europea con el fin de zanjar las diversas interpretaciones surgidas en los tribunales internos. Pero ello no ha sido suficiente puesto que en los últimos cuatro años España ha sido objeto de desaprobación en ocho ocasiones por parte del Tribunal de Estrasburgo en relación al proceso debido, concretamente en lo relativo a la violación del derecho de defensa en el marco de un debate contradictorio por falta de audiencia pública en la tramitación de los recursos penales. Esta situación nos plantea una serie de cuestiones: 1) ¿Ha sido errónea la recepción por parte del estado español?, 2) La condena que analizamos ¿forma parte de un conjunto de condenas aisladas que no responden a una vulneración sistemática, o por el contrario, nos encontramos ante un problema estructural creado por la normativa procesal interna?

Con el fin de aclarar este confuso diálogo nos resulta de interés analizar las razones de la última condena contra España, así como los elementos clave en el parco entendimiento entre los tribunales estatales y el TEDH. Así pues, comenzaremos con el análisis de la sentencia *Vilanova Goterris y Llop García c. España* (STEDH de 27 de noviembre de 2012), para continuar con las bases del razonamiento normativo y argumentativo del TEDH en esta materia. Finalmente, en el último apartado, extraeremos aquellos elementos esenciales que puedan ayudar a dilucidar las causas de las interpretaciones discrepantes entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Estrasburgo.

(2) Muestra de ello son: SSTEDH Jan-Ake Andersson c. Suecia, de 29 octubre de 1991; Helmers c. Suecia, de 29 octubre de 1991; Michael Edward Cooke c. Austria, de 8 de febrero de 2000; Constantinescu c. Rumania, de 27 de junio de 2000; Tierce y otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000 y Krombrach c. Francia, de 13 de febrero de 2001.

(3) La recepción por parte de la STC 167/2002 de la jurisprudencia europea resulta de gran interés para valorar la evolución y los posibles problemas que se han suscitado en torno a las garantías procesales en la segunda instancia. Para un estudio más exhaustivo de la presente cuestión, *vid.*: SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010, págs. 39-75. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, «Facultades de valoración del tribunal ad quem. (Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002)», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 101, 2006, págs. 51-81. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, «Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española): obligatoriedad de una segunda instancia penal y exigencia de inmediatez y contradicción en la práctica de las pruebas por el órgano de apelación. Las sentencias del Tribunal Constitucional 70/2002 y 167/2002», en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LEO DE LARREA, Arturo (coord.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008.

II. *Vilanova Goterris y Llop García c. España* (STEDH de 27 de noviembre de 2012)

II.1. Circunstancias del caso

El asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España* trae causa de un proceso ante la Audiencia Provincial de Castellón en el cual los acusados fueron absueltos: el primero de ellos —alcalde de la localidad en la que se ubica la sociedad denunciada— de sendos delitos de prevaricación medioambiental y de negación de auxilio, y el segundo —representante de la sociedad denunciada— de un delito contra el medio ambiente (contaminación acústica).

La Audiencia Provincial de Castellón señaló que con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la contaminación acústica no era constitutiva de delito contra el medio ambiente, condición necesaria para la constatación de un delito de prevaricación medioambiental. Por tanto, los hechos denunciados previos a la entrada en vigor del citado Código Penal no pueden ser constitutivos de delito. Asimismo, el órgano judicial consideró que las pruebas analizadas durante el juicio no fueron suficientes para concluir la existencia de un vínculo de causalidad entre el ruido percibido por la acusación y la actividad de la sociedad. Para llegar a esa conclusión razonó que los informes periciales no gozaban de la necesaria fiabilidad y que, en ciertas ocasiones, tales informes resultaron hasta contradictorios puesto que los niveles de ruido constatados en el interior del domicilio de la parte acusadora eran superiores a los verificados en el exterior. Cabe añadir que la ubicación de la sociedad en una zona industrial generó dificultades a la hora de demostrar el predominio de un centro emisor de ruido dentro de aquel entorno sonoro. Por tanto, los acusados fueron absueltos por la imposibilidad de determinar los índices de ruidos emitidos, el daño causado por la contaminación acústica y la conexión entre ambos aspectos.

La parte acusadora interpuso recurso de casación por el cual el Tribunal Supremo decidió anular la sentencia recurrida y condenó a la primera de las partes recurridas por un delito de prevaricación ambiental y a la segunda de ellas por un delito contra el medio ambiente. En su argumentación el Tribunal Supremo estimó que los resultados obtenidos por los sonómetros constataban la superación de los niveles de ruido autorizados, por tanto, era una base válida para efectuar una valoración de la contaminación acústica diferente a la efectuada por el tribunal *a quo*. Asimismo, el Tribunal Supremo consideró incomprensible la falta de reacción del alcalde ante la acumulación de quejas contra la sociedad y, por consiguiente, entendió que el alcalde actuó con conocimiento de causa despreciando la legislación sobre la materia, dándose así la condición subjetiva del delito.

En lo que concierne al representante de la sociedad denunciada el Tribunal Supremo decidió condenarlo por no adoptar las medidas de aislamiento necesarias. El representante de la sociedad causante del ruido ignoró la normativa administrativa y los informes que señalaban su responsabilidad directa.

Cada uno de los condenados en segunda instancia interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional los inadmitió debido a la inexistencia de relevancia constitucional. De manera que, finalmente, se dirigieron al TEDH con el fin de hacer valer sus derechos de defensa.

II.2. Valoración de las partes ante el TEDH

A juicio del Estado, la naturaleza de las cuestiones examinadas por el Tribunal Supremo mediante el recurso de casación no exige la celebración de una vista pública, a pesar de que esta posibilidad estuviese al alcance de los demandantes que no hicieron uso de ella. El Estado continúa argumentando que el Tribunal Supremo en su revisión no modificó ningún hecho declarado probado por la Audiencia Provincial ni procedió a una nueva valoración de los medios de prueba utilizados anteriormente, limitándose únicamente a efectuar una nueva tipificación jurídica de los hechos y a interpretar de forma distinta la definición recogida en el Código Penal (4).

Los demandantes, por el contrario, estiman que el Tribunal Supremo al proceder a un análisis sobre el fondo del asunto efectuó una nueva valoración de los hechos modificando no solo aquellos elementos de índole exclusivamente jurídico, sino también los elementos subjetivos (5).

II.3. El pronunciamiento del TEDH

El TEDH, en la sentencia analizada, expone que las modalidades de aplicación del artículo 6 del CEDH a los procedimientos de apelación o casación dependen de las características del procedimiento del que se trate, y además:

«conviene tener en cuenta el conjunto del procedimiento interno y el papel desempeñado por la jurisdicción de apelación en el ordenamiento jurídico nacional. Cuando se celebra

(4) STEDH Vilanova Goterris y Llop García c. España, de 27 de noviembre de 2012, §20-22.

(5) *Cit. supr.*, §24-25.

un juicio oral en primera instancia, la ausencia de una vista en apelación o casación puede justificarse por las particularidades del procedimiento en cuestión, en relación a la naturaleza del sistema de apelación interno, la extensión de los poderes de la jurisdicción de apelación, la forma en la que los intereses del demandante han sido realmente alegados y protegidos ante él y, particularmente, la naturaleza de las cuestiones que deben ser resueltas» (6).

Asimismo, recuerda que aquellas revisiones consistentes exclusivamente en elementos de Derecho y no de hecho pueden cumplir las exigencias del artículo 6 del CEDH sin que el recurrente haya tenido la facultad de expresarse ante el tribunal sentenciador, ya que no incumbe a dicho tribunal establecer los hechos, sino que únicamente interpreta las razones jurídicas aplicables. Del mismo modo añade que el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni el derecho de asistir en persona a los debates.

Concluyendo con los principios generales aplicables al caso, el TEDH revela que cuando un tribunal de segunda instancia conozca un asunto sobre cuestiones de hecho como de Derecho y deba decidir en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no podrá por motivos de equidad decidir esas cuestiones sin la valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene no haber cometido el acto considerado como una infracción penal.

Es por ello que considera necesario —atendiendo al caso concreto— señalar las limitaciones existentes en el recurso de casación, ya que de haberse celebrado una vista ante el Tribunal Supremo las partes recurridas no hubieran sido oídas por la inexistencia de tal posibilidad en el procedimiento de casación (7). Como consecuencia de los motivos casacionales invocados por los recurrentes, el objeto de revisión se limita, por una parte a la existencia, o no, de la vulneración de una disposición penal de fondo o de cualquier otra norma jurídica de la misma naturaleza y, por otra parte, a la reparación de un error en la valoración de una prueba de índole documental (8). Basándose en ello, el Tribunal Supremo reexaminó la sentencia de absolución y procedió a una valoración que difería de las conclusiones derivadas de los testimonios y peritajes expuestos en

(6) Esta misma problemática se recoge en sentencias anteriores: *Lacadena Calero c. España* (STEDH de 22 de noviembre de 2011) y *Serrano Contreras c. España* (STEDH de 20 de marzo de 2012). Es por ello que en lo concerniente a los principios generales aplicables al presente caso, el TEDH se remite a los apartados 36 a 38 de la STEDH *Lacadena Calero c. España*.

(7) STEDH *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, de 27 de noviembre de 2012, §29.

(8) Motivos regulados en el artículo 849.1 y 849.2 LECrim.

el transcurso de la vista pública celebrada ante la Audiencia Provincial y, apelando a la ciencia y a las máximas de la experiencia, llegó a la conclusión opuesta (9).

Sobre la actuación del tribunal en segunda instancia, el TEDH tiene una opinión clara: el artículo 849.2 LECrim, mediante la valoración del error en la valoración de la prueba, no concede la capacidad de efectuar una nueva valoración de las pruebas de índole no documental (10). Además añade que como consecuencia de esa nueva valoración sin vista, los recurridos han sido despojados de su derecho a exponer sus argumentos de forma contradictoria para poder defender su inocencia:

«El Tribunal Supremo fundó su conclusión sobre una nueva valoración de los elementos de la prueba practicada en el transcurso de la vista pública en la Audiencia Provincial y sobre los cuales las partes habrían podido presentar sus alegaciones. El Tribunal Supremo ha procedido a esta nueva valoración sin haber tenido contacto directo con ellos y, sobre todo, sin haber permitido a las partes exponer sus argumentos en contra de las conclusiones expuestas (11). Así, sobre la base de indicios que estima se desprenden de “la ciencia y de las máximas de la experiencia”, la jurisdicción de casación ha reinterpretado los hechos declarados probados (a saber la existencia de un nivel insoportable de ruido y de un riesgo suficientemente grave para la salud de los denunciantes) efectuando una nueva tipificación jurídica, sin respetar las exigencias del principio de inmediación» (12).

Concretando lo arriba expuesto, el Tribunal Supremo se pronunció sobre circunstancias subjetivas que concernían a los demandantes, en particular, sobre el conocimiento de las irregularidades, las denuncias existentes en contra de la sociedad denunciada y de su proceder a este respecto. La revisión de todos los elementos enunciados precisaba de una valoración directa que nunca existió (13).

Como conclusión, el TEDH completa su exposición denunciando que los demandantes fueron privados de su derecho a la defensa en el marco

(9) STEDH Vilanova Goterris y Llop García c. España, de 27 de noviembre de 2012, §32.

(10) *Cit. sup.*, §34.

(11) Encontramos esta misma opinión en la STEDH Serrano Contreras c. España, de 20 de marzo de 2012, §36.

(12) STEDH Vilanova Goterris y Llop García c. España, de 27 de noviembre de 2012, §33. *Vid.*, en sentido contrario, la STEDH Bazo González c. España, de 16 de marzo de 2009, §36.

(13) STEDH Vilanova Goterris y Llop García c. España, de 27 de noviembre de 2012, §35.

de un debate contradictorio por haberles sido denegada la posibilidad de desplegar sus argumentos para defender su inocencia (14).

III. Fundamento normativo de la condena: el principio de publicidad y la audiencia pública

El TEDH funda su condena en la relación entre el derecho a la doble instancia penal, recogido en el artículo 2 del Protocolo 7 al CEDH, y el principio de publicidad de los procesos que forma parte del derecho a un juicio justo del artículo 6 del CEDH. Es por ello que resulta de interés aclarar el contenido del principio de publicidad para entender la importancia que para el TEDH proporciona, en concreto, la vista pública en los recursos del ámbito penal.

El derecho a un juicio justo, proclamado en el artículo 6 del CEDH, es uno de los más invocados por los demandantes ante el TEDH. En él se aglutinan todos aquellos derechos y principios referidos a los procedimientos judiciales y a la tutela judicial efectiva, divididos en tres párrafos. El primer apartado, aplicable a todo tipo de procesos, proclama el derecho a que las causas sean oídas ante tribunales imparciales de forma pública y en un plazo razonable, además de establecer ciertas excepciones a la publicidad. Los restantes apartados son aplicables al ámbito penal y albergan los derechos básicos de todo acusado. En ese sentido, el segundo apartado establece la presunción de inocencia, y el último de ellos consagra el derecho a la defensa, estableciendo un amplio abanico de derechos tales como el derecho de todo acusado a ser informado de la acusación, a tener tiempo y medios para su defensa, a defenderse a sí mismo o ser defendido por un defensor de su elección o un abogado de oficio, a interrogar a los testigos de la acusación y proponer testigos, y a ser asistido por un intérprete si no habla la lengua empleada en el tribunal.

Como hemos adelantado, la base de la condena del TEDH al estado español la encontramos en el derecho a una vista pública que está íntimamente ligado al principio de publicidad regulado en el artículo 6.1 del CEDH de la siguiente manera:

«1. 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 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. La sentencia debe ser pro-

(14) *Cit. supr.*, §37.

nunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

La publicidad de los debates constituye uno de los principios más arraigados en la jurisprudencia del TEDH sobre garantías procesales. El Tribunal recuerda reiteradamente que tal derecho contribuye a preservar la confianza en los tribunales por la transparencia que otorga a la administración de justicia (15). Además, ayuda a lograr el objetivo fijado por el artículo 6.1 del CEDH, es decir, un proceso equitativo en el sentido del Convenio, garantía que encontramos entre los principios de toda sociedad democrática (16). Del mismo modo, la publicidad de los debates se interpreta como uno de los medios para proteger a los litigantes contra la administración secreta de la justicia, quedando así protegidos tanto los intereses de las partes, como los de la ciudadanía en general (17).

La publicidad de los debates tiene un ámbito de aplicación general y es atribuible a cualquier proceso en el que se ejerzan derechos u obligaciones de carácter civil, penal o de materia disciplinaria (18), bajo reserva de la derogación expresa prevista en la segunda parte del precepto. Por tanto, el Convenio no confiere un carácter absoluto al principio de publicidad y prevé ciertas restricciones en su ámbito de aplicación, siempre y cuando la decisión de celebrar un juicio a puerta cerrada sea motivada y refleje la peligrosidad de dicha publicidad para la moralidad, el orden público, la segu-

(15) De forma que el TEDH atribuye al principio de publicidad un carácter de orden público.

(16) Los objetivos de la publicidad de los procesos fueron fijados gracias a la jurisprudencia desde los inicios de la propia andadura del Tribunal. Como ejemplo, *vid.* SSTEDH Axen c. Alemania, 8 de diciembre de 1983, §25; Pretto y otros c. Italia, 8 de diciembre d 1983, §21-22; Golder c. Reino Unido, 21 de febrero de 1975, § 36. La publicidad de los debates no es un fin en sí mismo, sino que constituye un medio para preservar la confianza en los tribunales y para lograr un proceso equitativo, gracias a la transparencia que proporciona a la administración de justicia. La publicidad es consecuencia directa del principio de apariencia británico: «justice is not only to be done, but to be seen to be done».

(17) CHARRIER, Jean-Loup, *Code de la Convention Européene des Droits de l'Homme*, Lexis Nexis. Paris, 2005, págs. 118-119. Sobre los límites al principio de publicidad *vid.* VIDAL ZAPATERO, José Miguel, «El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo», en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005, págs. 307-314.

(18) Desde 1983, y a raíz de la STEDH Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Bélgica, de 23 de junio de 1981, el principio de publicidad es aplicable en materia disciplinaria del mismo modo que en procesos civiles o penales.

ridad nacional, así como para los intereses de los menores, la protección de la vida privada o la justicia (19).

Por otro lado, el TEDH ha admitido que la derogación de la regla de publicidad de los debates puede ser legítima. Encontramos causas de derogación unidas a elementos puramente jurídicos como aquellas audiencias en las que únicamente se discuten cuestiones de Derecho. La publicidad de los debates tiene por objetivo permitir al público asegurarse de la veracidad de la relación de hechos, pero pierde su interés cuando no se abordan los elementos de hecho, sino solamente aquellos de Derecho. Por tanto, el control del funcionamiento de la justicia no se ve reforzado, en este caso en concreto, con la obligación de una audiencia pública. Otra de las causas para excluir la obligación de una vista pública la encontramos en la mayoría de procedimientos disciplinarios de carácter corporativo. Es posible que la publicidad no sea necesaria en alguna de las fases del proceso; es decir, si nos encontramos ante una profesión que resuelve sus cuestiones disciplinarias en primera instancia ante una jurisdicción compuesta únicamente por miembros de la profesión a puerta cerrada, la vista no será necesaria, ya que el acusado siempre tendrá la posibilidad de apelar esta decisión frente a una jurisdicción de Derecho común respondiendo a las exigencias de un proceso justo. En todo caso, la ausencia de debates públicos será legítima siempre y cuando su simple celebración ralentice y produzca dilaciones o no aporte mayor claridad al asunto (20).

Finalmente, debemos subrayar la particular importancia de las vistas orales en los procesos penales, y de forma más concreta en la segunda instancia penal (21). Por regla general, en procesos en los que haya tenido lugar una audiencia en primera instancia, esta no será necesaria en apelación. Para afirmar la obligación de la celebración de una audiencia pública en segunda instancia será necesario valorar la situación y características específicas del procedimiento, teniendo en cuenta el conjunto del procedimiento interno y el papel atribuido al tribunal de apelación en

(19) Sobre las restricciones previstas en el CEDH *vid.* STEDH Diennet c. Francia, de 26 de septiembre de 1995, §33. En consecuencia, y a modo de ejemplo, un procedimiento abierto solamente a las partes y a sus representantes no responde a las exigencias de esta disposición del Convenio (SSTEDH Kadubec c. Eslovaquia, de 2 de septiembre de 1998 y Malhous c. Republica Checa, de 12 de julio de 2001). Del mismo modo, la condición de la publicidad no se satisface cuando un proceso se lleva a cabo en prisión, a menos que se den las medidas oportunas para informar al público sobre el lugar, las modalidades de acceso al tribunal y otras aclaraciones similares (STEDH Riepan c. Austria, de 14 de noviembre de 2000).

(20) STEDH Schuler-Zraggen c. Suiza, de 24 de junio de 1993.

(21) La jurisprudencia al respecto se fundamenta en la STEDH Ekbatani c. Suecia, de 26 de mayo de 1988, que ha sido ratificada en posteriores sentencias, entre otras: SSTEDH Jan-Ake Andersson c. Suecia, de 29 octubre de 1991; Helmers c. Suecia, de 29 octubre de 1991; Michael Edward Cooke c. Austria, de 8 de febrero de 2000; Constantinescu c. Rumania, de 27 de junio de 2000; Tierce y otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000 y Krombrach c. Francia, de 13 de febrero de 2001.

el orden jurídico nacional. En los supuestos en los que la apelación conozca únicamente elementos de derecho la vista no será obligatoria (22). Por el contrario, cuando una instancia de apelación deba conocer en su conjunto cuestiones de hecho y de Derecho, además de la culpabilidad o la inocencia del acusado, será necesario apreciar los medios de prueba de forma directa y en persona por el acusado que sostiene no haber cometido el delito que se le imputa, en aras de asegurar un juicio justo (23).

Esta doctrina jurisprudencial fijada por el TEDH sobre la necesidad de audiencia pública en los recursos penales fue acogida gracias a la STC 167/2002, de 18 de septiembre (24), que parecía sentar y delimitar dicha incorporación. Pero años después, a partir de 2009 concretamente, el TEDH comenzó a dictar sentencias condenando a España por vulneración de las garantías del proceso en la segunda instancia. Esta situación nos origina ciertas dudas en torno a la adecuada recepción jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional.

IV. Fundamento argumentativo de la condena en base al reexamen de los elementos subjetivos. Hitos jurisprudenciales recientes

Basándose en los elementos normativos analizados anteriormente, el TEDH funda su condena en la necesidad de audiencia pública del acusado cuando el tribunal de segunda instancia proceda a reexaminar los elemen-

(22) STEDH Axen c. Alemania, de 8 de diciembre de 1983, §25-27.

(23) Para más reseñas sobre el principio de publicidad y la audiencia pública, *vid.*: DUTERTRE, Gilles, *Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe. Estrasburgo, 2003, págs. 205-207. VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La CEDH. Trois années de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 1999-2001*, Larcier. Bruselas, 2003, págs. 108-109. GOMIEN, Donna; HARRIS, David; ZWAAK, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing. Estrasburgo, 1996, págs. 163-165. HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press. Oxford, 2009, págs. 271-276. DE SALVIA, Michele, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. N.P. Engel, Kehl. Estrasburgo, 1998, págs. 167-169. VELU, Jacques; ERGEC, Rusen, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant. Bruselas, 1990, págs. 432-437. AAVV, *CEDH et Droits des affaires*, Francis Lefebvre. Paris, 2008, págs. 47-48.

(24) Sobre los debates suscitados por la recepción de la jurisprudencia europea por parte de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, *vid.*: GÓMEZ RECIO, Fernando, «La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o de cómo abrir la caja de pandora en el recurso de apelación penal», en *Diario La Ley*, núm. 5871, 2003. JORGE BARREIRO, Alberto, «Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 48, 2003. MAGRO SERVET, Vicente, «¿Pueden las Audiencias Provinciales revocar las sentencias absolutorias de los Juzgados de lo Penal sin oír al acusado? Las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2002 y 170/2002», en *Diario La Ley*, núm. 5677, 2002. De MARCOS VALTIERRA, Concepción, «La doble instancia en el proceso penal: reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2004, págs. 3017-3040.

tos subjetivos del tipo delictivo con el fin de preservar su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio. Es en este extremo donde los tribunales españoles y el TEDH no coinciden en sus planteamientos.

Hemos comenzado este trabajo analizando la última de las condenas relativas al tema que tratamos, pero creemos que para una mejor comprensión de la argumentación allí fijada, debemos examinar las siete sentencias restantes en las que España ha sido objeto de desaprobación por parte del Tribunal de Estrasburgo, y de ese modo discernir las razones de las que el TEDH se sirve para condenar a España. Son cinco las ocasiones en las que el pretor estrasburgués resuelve sobre la inconveniencia del modelo de revisión mediante el recurso de apelación y dos en las que alcanza la misma conclusión basándose en las insuficiencias reveladas en el recurso de casación.

IV.1. Carencias del recurso de apelación como medio de revisión

Igual Coll c. España (STEDH de 10 de marzo de 2009) es la primera sentencia, dimanante de una revisión en apelación, en la que España fue objeto de desaprobación. Dicha resolución tiene como punto de partida la decisión de un juzgado de lo penal valenciano sobre un delito de abandono de familia por impago de la pensión alimentaria. El juzgado fundó la absolución en la falta del elemento subjetivo del tipo delictivo, concluyendo que el acusado no pudo hacer frente a los pagos fijados en la sentencia de separación debido a su situación de desempleo, por tanto, el impago no fue voluntario.

No contenta con la decisión, la ex esposa del acusado presentó un recurso que fue admitido por la Audiencia Provincial. En esta segunda instancia el recurrido fue condenado por el delito por el que anteriormente fue absuelto. Concretamente, la Audiencia Provincial procede a reexaminar los elementos del delito; en primer lugar, acepta los hechos declarados probados en primera instancia y afirma que el elemento objetivo del delito ha quedado probado (el impago de la pensión fijada); y en segundo lugar, y refiriéndose al elemento subjetivo, estima que existe voluntad del acusado para no pagar las cantidades correspondientes. Para llegar a dicha conclusión la Audiencia Provincial argumenta que la cuantía a pagar fue fijada por un juez teniendo en cuenta la capacidad económica del acusado, y que sus pretensiones para disminuir esa cuantía fueron rechazadas por el juez, quien arguyó que el acusado era ingeniero de profesión y que no había probado su imposibilidad para encontrar un trabajo que le permitiera ganar suficiente dinero para pagar la pensión alimenticia.

Tras la condena por parte de la Audiencia Provincial, el condenado presentó un recurso de amparo que fue rechazado. En esta ocasión, el

Tribunal Constitucional estimó que los elementos revisados (resguardos bancarios, la formación profesional del condenado, los intentos para encontrar un nuevo trabajo...) eran elementos que no precisaban de una audiencia directa del acusado puesto que su ausencia estaba justificada por las características del procedimiento: la audiencia fue celebrada ante el juez de lo penal, y la Audiencia Provincial concluyó la culpabilidad basándose en los hechos considerados probados en primera instancia.

Entre sus argumentos ante el TEDH el Estado recuerda que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 167/2002 de 18 de septiembre, ha rectificado su criterio relativo al principio de inmediación ajustándose a las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Dicha recepción ha sido concretada en sentencias posteriores permitiendo completar la interpretación del artículo 791.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) (25). El Estado opina que las partes no hicieron uso de la posibilidad de pedir una vista oral o de recurrir la decisión de la Audiencia Provincial de no celebrarla. Continúa su valoración añadiendo que la Audiencia Provincial se limita a efectuar precisiones estrictamente jurídicas, fundando su condena sobre pruebas de carácter exclusivamente documental (extractos bancarios, la formación profesional del acusado o la ausencia de trámites para la búsqueda de empleo), siendo innecesaria una vista pública en segunda instancia.

Por el contrario, el demandante entiende que el recurso de apelación implica una revisión completa de los elementos del delito, es decir, los elementos objetivos (en el caso concreto, el impago de la pensión) y los elementos subjetivos (la ausencia de voluntad de pago a pesar de la existencia de medios para poder satisfacerlo). La propia naturaleza de la revisión en apelación hace necesario un examen de las pruebas personales para verificar la voluntad del acusado, y el análisis de ese elemento personal que ha tenido influencia en la declaración de culpabilidad precisa de una vista pública. De forma que el demandante estima que la Audiencia Provincial no se limita a verificar simplemente los datos objetivos recogidos en la sentencia de primera instancia, sino que *ex novo* revela una ausencia de comportamiento activo del recurrido.

El TEDH, en su pronunciamiento, comienza su argumentación recordando que las modalidades de aplicación del artículo 6 del CEDH a los procedimientos de apelación dependen:

(25) El artículo, en su tenor literal, estipula lo siguiente: «Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada».

«... de las características del procedimiento de que se trate; conviene tener en cuenta el conjunto del procedimiento interno y el papel atribuido al tribunal de apelación en el orden jurídico nacional. Cuando se efectuó una audiencia pública en primera instancia, la ausencia de debates públicos en apelación, puede justificarse por las particularidades del procedimiento en cuestión, respecto a la naturaleza del sistema de apelación interna, a la amplitud de los poderes de la jurisdicción de apelación, a la manera en la que los intereses del demandante realmente han sido expuestos y protegidos ante ella y particularmente, a la naturaleza de las cuestiones que tenga que resolver. Así, ante un tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una audiencia pública ni, si tal audiencia se efectúa, el de asistir en persona a los debates» (26).

Además es jurisprudencia reiterada aquella que declara que cuando una instancia de apelación deba conocer en su conjunto cuestiones de hecho y de Derecho, además de la culpabilidad o la inocencia del acusado, será necesario apreciar los medios de prueba de forma directa y en persona por el acusado que sostiene no haber cometido el delito que se le imputa (27).

Después de recordar la línea jurisprudencial básica aplicable al caso, el TEDH expone que es necesario examinar, en concreto, la actuación de la Audiencia Provincial y la naturaleza de las cuestiones que se plantean ante ella para poder dilucidar si es necesaria la vista pública en aras de preservar los derechos del demandante. En lo que respecta al rol de la Audiencia Provincial, el propio TEDH, basándose en la regulación española, subraya que existen ciertas características que ciñen la revisión, puesto que la práctica de pruebas ante esta jurisdicción es excepcional y

(26) STEDH Igual Coll c. España, de 10 de marzo de 2009, §26. Como hemos podido comprobar, esta teoría general sobre la aplicación del artículo 6 del CEDH al procedimiento de apelación es una constante en la jurisprudencia del TEDH, tanto en las sentencias que analizaremos a continuación relativas a España, como en aquellas otras que valoran situaciones similares en otros países. Como ejemplo *vid.*, entre otras, las siguientes SSTEDH Botten c. Noruega, de 19 de febrero de 1996, §39; Fejde c. Suecia, de 29 de octubre de 1991, §27, 31, 33; Kremzow c. Austria, de 21 de septiembre de 1993, §58-59; Axen c. Alemania, de 8 de diciembre de 1983, §25. El TEDH sostiene la importancia de la audiencia pública teniendo siempre en cuenta la naturaleza de las cuestiones a resolver y el conjunto del procedimiento interno de cada país. El principio de publicidad, protegido en el artículo 6.1 del CEDH, y ligado íntimamente con la vista pública, cobra especial importancia como herramienta de protección para el justiciable contra la justicia secreta y como medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los tribunales.

(27) STEDH Igual Coll c. España, de 10 de marzo de 2009, §27. *Vid.* en el mismo sentido: SSTEDH Dondarini c. San Marino, de 6 de julio de 2004, §27; Ekbatani c. Suecia, de 26 mayo de 1988, §32; y Constantinescu c. Rumania, de 27 de junio de 2000, §55.

limitada (28). Por otro lado, y atendiendo a la naturaleza de las cuestiones presentadas ante la Audiencia Provincial, esta debe establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado, después de una absolución en primera instancia, estimando que la audiencia pública no es necesaria. La Audiencia Provincial considera, fundándose en la situación económica y las declaraciones del acusado, que no se ha probado la omisión de los pagos de forma voluntaria. Para lograr esa conclusión, el TEDH estima que la Audiencia Provincial no ha tenido solo en cuenta el elemento objetivo del delito (el impago de la pensión), sino que también ha examinado las intenciones y el comportamiento del acusado (la posibilidad de obtener mayores ingresos por su formación profesional). La Audiencia Provincial ha reconsiderado, efectuando una nueva apreciación, los hechos estimados probados en primera instancia, conociendo el caso en hechos y en Derecho (29).

Por tanto, y en conclusión, a ojos del TEDH ese examen difícilmente puede considerarse como relevante solamente de cuestiones de Derecho, ya que implica por sus características un posicionamiento decisivo sobre los hechos para la determinación de la culpabilidad del recurrido. El TEDH estima la vulneración del artículo 6 del CEDH debido a que la condena en apelación sin escuchar personalmente al acusado no es conforme a las exigencias de un proceso equitativo que el mismo garantiza.

La segunda de las condenas contra España recae en el caso *Marcos Barrios c. España* (STEDH de 21 de septiembre de 2010). En esta ocasión, la decisión tiene como origen la absolución de un menor por un delito de asesinato, por insuficiencia de pruebas de cargo y concretamente por contradicciones descubiertas en las declaraciones del testigo de cargo, que a su vez era el co-incepcado del proceso. El juez de menores entiende que era objetivamente legítimo no fiarse de la credibilidad de las intenciones del testigo, en la medida en que no se podía excluir que hubiera querido declararse inocente, o por lo menos reducir su responsabilidad, a expensas del demandante.

La fiscalía y la parte acusadora interpusieron sendos recursos solicitando la práctica de ciertas pruebas mediante la celebración de una audiencia pública ante la jurisdicción de apelación. La Audiencia Provincial, por el contrario, rechazó la solicitud de pruebas dado que en virtud del artículo 790 no eran admisibles, pero sí condenó al recurrido por un

(28) El TEDH hace referencia expresa al artículo 790.3 LECrim, donde se enumeran las situaciones en las que se puede pedir la práctica de la prueba: «En el mismo escrito de formalización 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 hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables».

(29) En el mismo sentido, *vid.* STEDH Spînu vs. Rumania, 29 abril 2008, §55.

delito de asesinato teniendo en consideración las declaraciones inculpativas efectuadas por el co-inculpado. La Audiencia Provincial se apartó de la apreciación del juez *a quo* considerando las declaraciones coherentes y que proporcionaban un gran número de detalles sobre lo ocurrido.

Finalmente, y poniendo término a la vía de recursos en el ámbito interno, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por el recurrido. A su juicio, la jurisprudencia establecida por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, no es aplicable al caso puesto que en esta ocasión no nos encontramos ante una interpretación distinta de unas declaraciones por parte de dos instancias, sino que en lo que difieren los tribunales es en el valor otorgado a esas declaraciones. Por tanto, no se pone en tela de juicio el respeto a la inmediación.

Analizados los antecedentes el TEDH, tras exponer nuevamente las modalidades de aplicación del artículo 6 del CEDH a los procedimientos de apelación, examina el papel de la Audiencia Provincial y la naturaleza de las cuestiones planteadas ante ella para dilucidar la problemática del caso. El propio TEDH comienza aclarando que la problemática jurídica del presente asunto, propia del procedimiento español, es idéntica a la ya examinada en sentencias anteriores; y esencialmente, el Tribunal debe decidir si la jurisdicción de apelación procedió a una nueva apreciación de los elementos de hecho (30). El TEDH determina que la Audiencia Provincial no se limitó a una nueva apreciación de elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber, la credibilidad de las declaraciones del co-inculpado, modificando así los hechos declarados probados (31). Por tanto, siendo las cuestiones tratadas de naturaleza fáctica y sin que el demandante tuviese oportunidad de ser oído personalmente para discutir las mediante un examen contradictorio, el Tribunal constata la vulneración del artículo 6.1 del CEDH (32).

En el caso *García Hernández c. España* (STEDH de 16 de noviembre del 2010) —que constituye la tercera sentencia condenatoria— el demandante ante el TEDH fue acusado de un delito de lesiones por no haber administrado la dosis de antibiótico requerida a un paciente. El juez dictó sentencia absolutoria, puesto que consideró que no estaba lo suficiente comprobado que un tratamiento médico diferente del efectivamente administrado al paciente, hubiera evitado las consecuencias que resultaron. Para llegar a tal conclusión se basó en los testimonios de

(30) STEDH Marcos Barrios c. España, de 21 de septiembre de 2010, §34 y 36.

(31) *Cit. supr.*, §40.

(32) *Cit. supr.*, §41.

varios médicos que permitieron determinar la existencia de una duda razonable.

El paciente recurrió la decisión y la Audiencia Provincial condenó al recurrido por una falta de lesiones por negligencia, estimando que el relato de hechos de la sentencia impugnada era suficiente para concluir que existía un comportamiento negligente. El recurso de amparo presentado con posterioridad fue rechazado; el propio Tribunal Constitucional recuerda que la Audiencia Provincial posee plena jurisdicción para poder efectuar una nueva apreciación de los medios de prueba. Al no modificar los hechos, la Audiencia Provincial no se fundó en una nueva apreciación de las pruebas practicadas ante el juez *a quo*, sí en cambio en una diferente apreciación jurídica de los hechos.

El TEDH, por su parte, en su sentencia recordó, una vez más, que «cuando una instancia de apelación es llamada a conocer de un asunto de hecho y de Derecho y a estudiar en conjunto la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene que no ha cometido el acto, considerado como una infracción penal» (33). El Tribunal estima que la audiencia se revela necesaria al tener que decidir sobre la culpabilidad del demandante cuando la jurisdicción de apelación se sitúa más allá de las consideraciones estrictamente de Derecho efectuando una nueva apreciación y reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia (34).

En el caso concreto, la Audiencia Provincial entendió que el puesto de trabajo del recurrido exigía una diligencia superior y consideró que no había efectuado un examen al enfermo lo suficientemente exhaustivo, por tanto, esa mala praxis sería la causa de las secuelas del paciente. Concluye el TEDH argumentando que «la Audiencia Provincial no se limitó a una nueva apreciación de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho a saber, la mala práctica de la demandante y el origen de las secuelas en el paciente, modificando así los hechos declarados probados por el juez de la primera instancia. A los ojos del Tribunal, tal examen implica, por sus características, una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante» (35).

(33) STEDH García Hernández c. España, de 16 de noviembre del 2010, §25. Del mismo modo, y haciendo una mención expresa a las situaciones en las que se revela necesaria la vista pública, *vid.*: SSTEDH Dondarini c. San Marino, de 6 de julio de 2004, §27; Ekbatani c. Suecia, de 26 de mayo de 1988, §32; y Constantinescu c. Rumania, de 27 de junio de 2000, §55.

(34) STEDH García Hernández c. España, de 16 de noviembre del 2010, §28. Además, *vid.* STEDH Igual Coll c. España, de 10 de marzo de 2009, §36.

(35) STEDH García Hernández c. España, de 16 de noviembre del 2010, §33.

Seguidamente, y en cuarto lugar, en el asunto *Almenara Álvarez c. España* (STEDH de 25 de octubre de 2011) la Audiencia Provincial confirmó parcialmente los hechos declarados probados por el juez *a quo* y condenó por un delito de alzamiento de bienes al recurrido, argumentando que este conocía la deuda exigible y había vendido el bien de forma fraudulenta, perjudicando así a la sociedad acreedora. En consecuencia, la Audiencia Provincial apreció que el elemento subjetivo de intencionalidad concurría, en la medida que la parte recurrida había simulado la desaparición del patrimonio.

La Audiencia Provincial añade que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al principio de inmediación no es aplicable al presente caso, pudiendo condenar en segunda instancia sin la necesidad de celebración de vista oral:

«(...) la Sala no desconoce la doctrina que ha establecido el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 167/2002, (...), lo que viene a establecer la doctrina referida es la imposibilidad que un tribunal que no ha presenciado determinadas pruebas, que por su naturaleza exigen la inmediación para su valoración, dicte una sentencia condenatoria, sustituyendo el criterio valorativo del Juez que celebró el juicio y, en base a las referidas pruebas dicte una sentencia absolutoria. Pero las facultades revisoras no vienen limitadas por lo que hace referencia a la razonabilidad del discurso valorativo de la prueba ni a las pruebas que no tienen carácter personal, (...). Aplicando las premisas expuestas al supuesto que ahora nos ocupa, consideramos que la invocación alegada por el apelante sobre el plano de igualdad, respecto a la valoración de la prueba documental, sobre la que, básicamente el juzgador [*a quo*] dicta sentencia, traslada la inmediación a este tribunal que, con idénticas garantías examinará la documental obrante en autos» (FJ 3).

El recurrido interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por el Tribunal Constitucional.

Hemos podido comprobar que nos encontramos ante un caso idéntico a los mencionados anteriormente (*Igual Coll c. España*, *Marcos Barrios c. España* y *García Hernández c. España*). Una vez más, el TEDH debe analizar si la inexistencia de vista pública en segunda instancia atenta al derecho recogido en el artículo 6.1 del CEDH. Con tal fin, el Tribunal estima que la jurisdicción de apelación efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. Por

tanto, es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante (36). La Audiencia Provincial ha examinado la intencionalidad y el comportamiento de la parte recurrida y se ha pronunciado sobre la existencia de una voluntad fraudulenta por su parte; difícilmente puede considerarse que tal examen únicamente se refiera a cuestiones de Derecho. En efecto, implica, por sus características, una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la parte interesada (37).

En esta ocasión, el TEDH aprecia que la extensión del examen efectuado por la Audiencia Provincial, por sus características, hace necesaria una audiencia pública ante la jurisdicción de apelación, y por tanto ha existido una violación del artículo 6.1 del CEDH (38).

Finalmente, *Valbuera Redondo c. España* (STEDH de 13 de diciembre de 2011) constituye, hasta el momento, la última condena resultante de una revisión mediante recurso de apelación. En el presente caso, volvemos a analizar la necesidad de la audiencia pública en el reexamen efectuado en un recurso de apelación. El demandante ante el TEDH fue absuelto en primera instancia de un delito contra la Hacienda Pública por irregularidades en cuanto a la declaración de varios impuestos de la empresa de la cual era administrador. El juez admitió actuaciones irregulares respecto a las declaraciones de los impuestos, pero en su opinión, los documentos obrantes en autos no permitían constatar la existencia de una voluntad defraudatoria. Por tanto, las actividades constituirían eventuales infracciones administrativas sin carácter penal. Además, el tipo delictivo exige un perjuicio real para la Hacienda Pública, elemento que no había podido ser probado por la parte acusadora.

La sentencia fue recurrida. La Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó al recurrido, modificando los hechos declarados probados por la sentencia impugnada como los fundamentos jurídicos de la misma. Esta consideró suficientemente acreditada la creación por parte del recurrido de una trama para defraudar deliberadamente a la Hacienda Pública y cuantificó el perjuicio real para dicha Hacienda.

El recurrido interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española). Pero la alta jurisdicción declaró el recurso inadmisibile, debido a la carencia de relevancia constitucional.

Finalmente, el condenado en segunda instancia acudió al TEDH. Como este último viene reiterando, el artículo 6 del CEDH no garantiza necesari-

(36) STEDH Almenara Álvarez c. España, de 25 de octubre de 2011, §42.

(37) *Cit. sup.*, §48.

(38) *Cit. sup.*, §50.

riamente el derecho a una vista oral en todos los casos, y si tal vista se celebra, tampoco garantiza el derecho a asistir a ella. Es necesario examinar el papel de la Audiencia Provincial y la naturaleza de las cuestiones en ella planteadas para concluir la necesidad de audiencia pública con el fin de no menoscabar el precepto anteriormente mencionado. En términos generales, la vista oral se revela necesaria cuando la jurisdicción de apelación efectúa una nueva valoración de los hechos probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente de Derecho (39).

En el caso examinado, la Audiencia Provincial modificó tanto los hechos declarados probados como sus fundamentos jurídicos; no se limitó a una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, esencialmente de naturaleza fáctica, en concreto, la existencia de una voluntad de defraudar a Hacienda. Ese examen implica, por sus características una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante (40).

En consecuencia, el TEDH concluye que la extensión del examen efectuado por la Audiencia Provincial hacía necesaria una vista oral para que el demandante hubiese tenido la oportunidad de ser oído personalmente y de discutir los elementos apreciados por el tribunal en un examen contradictorio. Debido a ello, la actuación de la Audiencia Provincial en su revisión no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal y como garantiza el artículo 6.1 del CEDH.

IV.2. Carencias del recurso de casación como medio de revisión

El caso que a continuación nos atañe constituye la primera sentencia condenatoria contra España derivada de un recurso de casación. El asunto *Lacadena Calero c. España* (STEDH de 22 de noviembre de 2011) tiene su origen en un procedimiento ante la Audiencia Nacional por delito de estafa y falsedad en el marco de una amplia red de emisión de obligaciones falsamente garantizadas por hipotecas inexistentes. La Audiencia Nacional absolvió a uno de los imputados basándose en la ausencia de dolo en sus actuaciones (41). La parte acusadora y varios condenados recurrieron en casación.

(39) STEDH Valbuera Redondo c. España, de 13 de diciembre de 2011, §32.

(40) *Cit. supr.*, §37.

(41) Debemos aclarar que el imputado absuelto era notario de profesión y por motivo de su fallecimiento fue su esposa la que interpuso la demanda ante el TEDH.

En su sentencia el Tribunal Supremo confirma que el notario absuelto en primera instancia es culpable como cómplice voluntario de las irregularidades cometidas. Las escrituras de compraventa no fueron inscritas en el registro de la propiedad como la ley exige, y la firma del notario había hecho creer a los compradores que los bienes que compraban cumplían la totalidad de las exigencias legales. El Tribunal Supremo confirmó los hechos probados por el juez *a quo*, a excepción del conocimiento por parte del notario de las irregularidades en las que estaba incurriendo, es decir, el posible dolo del recurrido:

«Tal juicio de valor, que descarta un hipotético conocimiento, al menos incluíble en la culpabilidad del notario a título de dolo eventual, está totalmente fuera de lugar en el *factum*, sino que es fruto de la fundamentación jurídica de la sentencia penal» (42).

Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que el posible dolo no se encuentra entre los elementos de hecho probados en primera instancia, sino que estima que es fruto de la fundamentación jurídica de la sentencia.

Además, en su sentencia el Tribunal Supremo expuso los límites del control en casación, recordando no poder valorar de nuevo una prueba personal en ausencia de inmediación:

«El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como en este caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal Casacional únicamente debe verificar los controles anteriores pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional» (FJ 4) (43).

(42) STS 5410/2003, de 2 de septiembre de 2003, FJ 13; que a su vez queda recogida en la STEDH Lacadena Calero c. España, de 22 de noviembre de 2011, §13.

(43) Recoge literalmente su doctrina de anteriores sentencias, *vid.* por todas: STS 294/2003, de 16 de abril.

La parte recurrida presentó un recurso de amparo que fue desestimado. El Tribunal Constitucional consideró que el Tribunal Supremo no había procedido a una revisión de los hechos probados, sino que se había limitado a rectificar la inferencia realizada por el tribunal de instancia a partir de hechos acreditados de manera documental; por tanto, se había limitado a alcanzar conclusiones jurídicas diferentes al juzgador de instancia (44).

El Tribunal Constitucional continúa su argumentación trayendo a colación sus sentencias 167/2002 y 170/2005, en las que se recoge que siendo la naturaleza del examen exclusivamente jurídica, las divergencias entre resoluciones no requieren ninguna aclaración en una vista oral. En su opinión la práctica de pruebas de carácter personal no son decisivas para alcanzar al veredicto de culpabilidad, fundado esencialmente sobre elementos documentales de carácter objetivo (45).

En sus valoraciones ante el TEDH y a juicio del *Estado* la divergencia existente entre las dos resoluciones (la de primera y segunda instancia) responde a los diferentes criterios considerados para apreciar la culpabilidad; de modo que el Tribunal Supremo sacó nuevas conclusiones

(44) STC 328/2006, de 20 de noviembre de 2006.

(45) De este mismo modo lo recoge la STC 170/2005, de 20 de junio de 2005: «En efecto, tanto la STC 167/2002 como las Sentencias posteriores que han apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en aplicación de esta doctrina y que la han ido perfilando, resuelven supuestos en los que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin intermediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (...).

Sin embargo, este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de intermediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1). Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación 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”. Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5, y 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3».

de los hechos acreditados por el tribunal de instancia a partir de pruebas documentales. En conclusión, la condena por el Tribunal Supremo al esposo de la demandante resulta únicamente de la valoración jurídica de cuestiones susceptibles de ser resueltas a partir de las actuaciones (46).

El *demandante*, por el contrario, considera que la voluntad dolosa es un elemento de carácter esencialmente psicológico, cuya existencia solo puede ser establecida después de haber valorado la intención real del acusado a través de su audición en persona (47).

El TEDH en su sentencia recuerda, tras analizar los datos presentados, que la regulación del recurso de casación limita su objeto a la existencia o no de una vulneración de una disposición sustantiva de Derecho penal o cualquier otra norma jurídica de igual naturaleza (artículo 849.1 LECrim). Además, solo podrá revisarse la prueba si su apreciación no ha sido racional, pero sin revisar los hechos probados (48). Como resultado de dicha normativa, el Tribunal Supremo dejó sin efecto una conclusión de la sentencia *a quo* según la cual no estaba suficientemente acreditado que el notario recurrido hubiera previsto que causaría un perjuicio a los compradores. A juicio del Tribunal Supremo, no se trata de la revisión de un hecho, sino de un juicio sobre la culpabilidad del acusado, que en consecuencia, estaba sujeto al control del tribunal de casación (49).

El TEDH estima que para llegar a una valoración jurídica de la actuación del recurrido el Tribunal Supremo se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta; y concluir así sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio (50). En opinión del TEDH el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de Derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, «cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo

(46) STEDH Lacadena Calero c. España, de 22 de noviembre de 2011, §35.

(47) *Cit. sup.*, §33.

(48) *Cit. sup.*, §39.

(49) *Cit. sup.*, §43.

(50) *Cit. sup.*, §46.

que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan» (51). Al no oír personalmente al recurrido, este no tuvo oportunidad de hacer valer ante el tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación (52) y a pesar de que su representante tuvo ocasión de exponer sus alegaciones, el recurrido no pudo explicarse sobre una cuestión de hecho que era determinante para la valoración de su culpabilidad (53). En consecuencia, nos encontramos ante una vulneración del derecho recogido en el artículo 6.1 del CEDH.

Del mismo modo, y en segundo lugar, el supuesto resuelto en el asunto *Serrano Contreras c. España* (STEDH de 20 de marzo de 2012) tiene como origen la absolución por parte de la Audiencia Provincial por delitos de estafa y de falsedad en documento oficial y documento mercantil en relación con la comercialización de una nueva variedad de semillas de trigo. La acusación se fundaba en haber proporcionado falsas etiquetas de las semillas comercializadas, con el fin de beneficiarse de subvenciones de la Unión Europea. Por un lado, en lo relativo al delito de estafa, la Audiencia Provincial constató la inexistencia de ánimo defraudatorio en el comportamiento del acusado. No resultó acreditado por las pruebas disponibles que este hubiera querido engañar a los compradores proponiéndoles una variedad de semillas que no correspondía con la que figuraba en la etiqueta. La Audiencia Provincial consideró que el posible fraude no habría sido suficiente para perjudicar el patrimonio de los compradores. Además, la administración competente había dado su autorización para comercializar dichas semillas, dándole cobertura legal. Por otro lado, en lo concerniente al delito de falsedad, no se probó que el demandante hubiera tenido conocimiento de las posibles irregularidades. La Audiencia Provincial llegó a la misma conclusión en lo que respecta al delito de falsedad de documento mercantil.

Las tres partes acusadoras recurrieron en casación (54) y el Tribunal Supremo estimó que las etiquetas eran engañosas y en la medida que contenían una información inexacta sobre las semillas comercializadas quedaba probado el delito de falsedad. En efecto, el Tribunal Supremo condenó al recurrido por un delito de estafa y falsedad. Ante tal situa-

(51) *Cit. supr.*, §47.

(52) *Cit. supr.*, §48.

(53) Cuestiones estas que requerían de la valoración directa. *Vid.* en el mismo sentido: SSTEDH Botten c. Noruega, 19 de febrero de 1996, §52 y Ekbatani c. Suecia, 26 de mayo de 1988, §36.

(54) Los motivos de casación alegados son los regulados en el artículo 849.1 y 849.2 LECrim; por tanto, el objeto del recurso de casación se limita a examinar la existencia o no de una violación de una disposición penal sustantiva o de cualquier otra norma jurídica de la misma naturaleza, y por otra parte, a la reparación de un error en la valoración de la prueba.

ción, el recurrido solicitó la anulación del procedimiento basándose en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que había sido condenado con fundamento en pruebas de carácter no documental, sin haber sido oído previamente. El Tribunal Supremo desestimó dicha petición, y recordó que las SSTC 167/2002 y posteriores no son aplicables al recurso de casación, en la medida que este es un recurso extraordinario no comparable al de apelación examinado por el Tribunal Constitucional en la citada doctrina jurisprudencial.

Poniendo fin a los recursos internos del estado, el condenado en segunda instancia interpuso un recurso de amparo que fue inadmitido a causa de carencia de contenido constitucional.

Una vez más la cuestión es planteada ante el TEDH, quien expone que la problemática mostrada es la misma que en el asunto *Lacadena Calero c. España* a pesar de presentar ciertas diferencias(55). En el presente caso, el Tribunal de casación basó su condena, entre otras cosas, en un elemento de prueba que no se había examinado durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial, en concreto, los informes redactados en el marco de las comisiones rogatorias. Prueba documental esta que se convirtió en determinante para el establecimiento de la culpabilidad del demandante, y al no ser examinada en juicio oral privó a este de la posibilidad de defenderse frente a la misma(56).

Asimismo, el Tribunal Supremo se pronunció sobre circunstancias subjetivas (el conocimiento de la irregularidad de las operaciones comerciales, y la falta de conciencia entre las semillas reales y las etiquetas que supuestamente las identificaban) para llegar a una nueva interpretación jurídica del comportamiento del acusado; y concluyó que existía intencionalidad dolosa por parte del demandante(57).

El TEDH, al respecto, reconoce que «cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento»(58), puesto que el demandante no tuvo oportunidad de exponer ante el tribunal que lo juzgaba

(55) Entre las diferencias podemos citar dos; en primer lugar, el fundamento de las pretensiones de la casación (en el caso *Lacadena Calero c. España* la casación está fundada en la vulneración de una disposición sustantiva de Derecho penal o cualquier otra norma jurídica de igual naturaleza —artículo 849.1 LECrim—, y por el contrario, en el presente asunto el recurso fue examinado también desde el punto de vista del error en la valoración de la prueba), y en segundo lugar, la celebración de la vista (en el primero de los casos el Tribunal Supremo celebró vista oral y en el segundo de ellos no).

(56) STEDH Serrano Contreras c. España, de 20 de marzo de 2012, §36.

(57) *Cit. sup.*, §37.

(58) *Cit. sup.*, §38.

las razones por las cuales negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como de tener una intención fraudulenta. En consecuencia, el TEDH condena al estado español por infringir el artículo 6.1 del CEDH.

V. Líneas generales de la discordancia entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el estado español

El análisis detallado del asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España* (STEDH de 27 de noviembre de 2012), además de las restantes sentencias condenatorias del TEDH, nos lleva a plantear ciertas conclusiones o líneas generales sobre cuáles podrían ser las diferencias interpretativas o lagunas en el diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales internos españoles, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

A) Todas las cuestiones por las que España ha sido condenada plantean una misma problemática ante el TEDH; una condena en segunda instancia, que revoca una absolución anterior, pronunciada sin haber oído personalmente al acusado en una audiencia pública y por tanto, sin proporcionar la oportunidad al acusado de defenderse y expresar sus razones en un debate contradictorio.

Partiendo de una misma situación en los asuntos examinados, la respuesta del TEDH también ha proporcionado una teoría común para todos ellos. De forma general, el TEDH expone las modalidades de aplicación del artículo 6 del CEDH a los recursos de apelación que dependen de las características del procedimiento del que se trate. Para ello es necesario tener en cuenta el conjunto del procedimiento interno, así como el papel que la jurisdicción de apelación ostenta en el ordenamiento jurídico nacional. Lo expuesto no garantiza necesariamente el derecho a una vista oral en todo tipo de situaciones, y si tal vista se celebra tampoco proporciona el derecho de asistir a ella. Cuando se celebra una vista oral en primera instancia, la ausencia de debates públicos en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento en cuestión, atendiendo a la naturaleza del sistema de apelación interno, la extensión de los poderes de la jurisdicción de apelación, la forma en la que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante ella, y particularmente, la naturaleza de las cuestiones que está llamado a resolver.

B) Una vez determinado el alcance de las garantías procesales en el ámbito de la apelación, el propio Tribunal fija las bases para aquellos su-

puestos en los que la audiencia pública es necesaria en la segunda instancia de un proceso penal. Será fundamental apreciar los medios de prueba de forma directa y en persona por el acusado que sostiene no haber cometido el delito que se le imputa, cuando una instancia de apelación deba conocer en su conjunto cuestiones de hecho y de Derecho, además de la culpabilidad o la inocencia del acusado (59).

Debemos recordar que la recepción de la jurisprudencia expuesta hasta el momento se hizo efectiva gracias a la STC 167/2002 y sentencias posteriores que han concretado la interpretación de dicha doctrina.

C) De la jurisprudencia analizada podemos concluir que la concepción del TEDH sobre las garantías en segunda instancia es distinta de la acogida por el Tribunal Constitucional. Mientras que este último funda la necesidad de la vista en el principio de inmediación como requisito básico para la valoración de las pruebas, la jurisprudencia del TEDH gira en torno al conjunto de garantías vinculadas al debido proceso. Por tanto, no es la inmediación, sino las posibilidades de defensa contradictoria el criterio nuclear de la doctrina del Tribunal del Estrasburgo (60). En efecto, es necesario escuchar personalmente al acusado para que este pueda expresarse de forma directa sobre los términos de la acusación formulada contra él, con el fin de no vulnerar su derecho a la defensa.

Cabe decir que el Tribunal Constitucional, a través de la introducción del derecho de audiencia personal del acusado en segunda instancia, ha evolucionado en su doctrina (61), pero aún tiene un largo recorrido que realizar. En las sentencias que acabamos de analizar el Tribunal Constitucional inadmite los recursos de amparo argumentando la inexistencia de contenido constitucional; a nuestro parecer argumentación errónea atendiendo a las consecuencias derivadas de rehuir tal análisis, es decir, las condenas por parte del TEDH. Por tanto, creemos necesario un posicionamiento claro del Alto Tribunal al respecto con el fin de atender el desacuerdo surgido entre ambos tribunales.

(59) Jurisprudencia iniciada con la STEDH Ekbatani c. Suecia, de 26 de mayo de 1988, y posteriormente reiterada en un extenso número de sentencias.

(60) Coincidimos en esta apreciación con el profesor Rafael Alcácer y su distinción entre el principio de inmediación y el derecho a la defensa en las valoraciones de ambos tribunales. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Recurso de casación y garantías de la segunda instancia penal: un apunte sobre la STEDH Lacadena Calero c. España», en *Juris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 170, 2012, pág. 19. En el mismo sentido: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 32 y 42.

(61) SSTC 184/2009, de 7 de septiembre; 45/2011, 11 de abril; 142/2001, de 26 de septiembre. Encontramos un estudio más extenso sobre la evolución de la doctrina constitucional al respecto en: NAVARRO MASSIP, Jorge, «El recurso de apelación y la segunda instancia: diez años de la doctrina iniciada mediante la STC 167/02», en *Revista Aranzadi Doctrina*, núm. 11, 2012.

D) La determinación de los elementos subjetivos es una cuestión de hecho y no de calificación jurídica. Esa podría ser la cuarta conclusión expuesta de forma breve y concisa. Esta disyuntiva es la base de la incompreensión entre los órganos jurisdiccionales de nivel europeo y estatal.

Por un lado, encontramos la opinión de los órganos estatales, concretamente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que nos recuerdan que en el caso de la apelación, la Audiencia Provincial posee plena jurisdicción para poder efectuar una nueva apreciación de los medios de prueba. Al no modificar los hechos, la Audiencia Provincial no se funda en una nueva apreciación de las pruebas practicadas ante el juez *a quo*, sí en cambio en una diferente apreciación jurídica de los hechos. De este modo cabe la posibilidad de una condena en segunda instancia sin celebrar una vista ante el órgano *ad quem* (62). En el supuesto del recurso de casación, la opinión se sitúa en la misma línea, ya que el Tribunal Supremo se limita a rectificar la inferencia realizada por el tribunal de instancia a partir de hechos acreditados y como consecuencia solo se limita a alcanzar conclusiones jurídicas diferentes al juzgador de instancia (63). Por tanto, el órgano de segunda instancia no efectúa ningún cambio en lo relativo a los hechos pudiendo así revocar la absolución del órgano *a quo*.

Por otro lado, el TEDH estima que el ámbito de aplicación de la necesaria audiencia no queda restringido a los supuestos de revisión de credibilidad de los testimonios, sino que abarca toda revisión del *factum*, todo pronunciamiento sobre los hechos. Solo cuando la controversia gire sobre la calificación jurídica podrá el órgano revocar una absolución sin escuchar personalmente al acusado (64). En el caso del recurso de apelación el Tribunal de Estrasburgo determina que el órgano de segunda instancia no se limita a efectuar una nueva apreciación de los elementos de naturaleza puramente jurídicos, sino que se pronuncia sobre cuestiones de hecho (como la credibilidad de declaraciones o la voluntad del acusado) modificando así los hechos declarados probados (65). En el caso del recurso de casación, el TEDH ha

(62) Argumentación que encontramos, entre otras, en la STEDH García Hernández c. España, de 16 de noviembre del 2010.

(63) Sobre esta interpretación de la revisión en el recurso de casación *vid.* STEDH Lacadena Calero c. España, de 22 de noviembre de 2011.

(64) STEDH Bazo González c. España, de 16 de diciembre 2008.

(65) STEDH Marcos Barrios c. España, 21 de septiembre de 2010. Del mismo modo la STEDH Almenara Álvarez c. España, de 25 de octubre de 2011, recuerda que la jurisdicción de apelación efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. Por tanto, es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

reiterado las limitaciones que aprecia en la regulación del recurso de casación, ya que no permite una vista en segunda instancia para oír personalmente a los acusados.

En consecuencia, podemos concluir que la diferencia en la concepción del dolo como un elemento de Derecho y no de hecho hace que el TEDH condene a España. El estado español es firme en su convicción de que la voluntad del acusado puede revisarse, hasta basándose en pruebas documentales, sin cambiar la redacción de los hechos, y así condenar en segunda instancia sin necesidad de una audiencia pública (66).

El TEDH, en cambio, entiende que la valoración del elemento subjetivo del delito forma parte de los hechos y que para llegar a una valoración distinta a la efectuada por el órgano *a quo* es necesaria la apreciación directa de las declaraciones de la persona a valorar (67).

E) Definitivamente queda aclarado que las garantías procesales en segunda instancia son aplicables tanto a los recursos de apelación como a los de casación. El Tribunal Supremo ha defendido que la doctrina contenida en la STC 167/2002 solamente era aplicable a los casos de recursos de apelación, pero con tres sentencias condenatorias por parte del TEDH por revisiones casacionales parece irrefutable que las garantías abarcan la segunda instancia en su totalidad, independientemente del recurso que se utilice para acceder a ella.

Como conclusión final cabe decir que para cumplir de forma eficaz con las exigencias europeas es necesaria una reforma de la LECrim en su articulado sobre los recursos de apelación y casación (68), para encajar la

(66) La STEDH Lacadena Calero c. España, de 22 de noviembre de 2011, nos recuerda que el Tribunal Supremo entiende que el posible dolo no se encuentra entre los elementos de hecho probados en primera instancia, sino que es fruto de la fundamentación jurídica de la sentencia.

(67) RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 8014, 2013; y BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro, «Limitaciones por parte de los tribunales de apelación respecto a la cognición tenida por el juzgador de primera instancia», en *Diario La Ley*, núm. 7785, 2012.

(68) Han sido varios los intentos —todos ellos fallidos— para reformar el sistema de recursos penales desde la aprobación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la que se pretendía la generalización de la segunda instancia penal. En primer lugar debemos citar el Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; proyecto este que aspiraba, como su propio nombre indica, a adaptar la legislación procesal mediante la reforma del recurso de casación y la generalización de la doble instancia penal. En segundo lugar, es imprescindible la referencia al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011), en el cual encontramos una nueva regulación de los recursos penales. En último lugar, cabe mencionar la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentada por el Ministro de Justicia (2013) elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

audiencia pública en segunda instancia con total seguridad jurídica⁽⁶⁹⁾. Mientras tanto, las Audiencias Provinciales y el propio Tribunal Supremo deberán seguir respetando la jurisprudencia marcada por el Tribunal Constitucional y hacer equilibrios para no contrariar las exigencias establecidas por el TEDH y así garantizar el derecho a la defensa en un proceso contradictorio a toda persona acusada.

Trabajo recibido el 1 de octubre de 2013.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 4 de octubre de 2013.

(69) Debemos recordar que todavía existen algunos aspectos de la jurisprudencia europea pendientes de recepción en el Tribunal Constitucional, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación», en *Indret: revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2012, pág. 37.

LABURPENA: Azken lau urteetan, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak gaitzetsi egin du Espainiaren jokabidea, behar bezalako prozesua izateko eskubidea urratzeagatik; zehazkiago, hasieran absolututakoa bigarren instantzian kondena-tzeagatik, egotzitako akusazioez defendatzeko ikustaldi publikorik egin gabe. Azken zigorretan sakonduz, Estrasburgoko Auzitegiak defentsa eskubidearen alde adierazitako arrazoiak zehaztuko ditugu, Espainiako auzitegien eta Europakoaren arrazoi-bideen arteko desberdintasunak azaltzeko. Azterketa hori egitea garrantzitsua da, etorkizuneko lege erreformaren oinarriak ezartzeko eta nazioarteko esparruan hartutako obligazioak modu eraginkorrean betetzeko.

HITZ GAKOAK: Publikotasun-printzipioa (Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 6.1 artikulua). Defentsa-eskubidea, kontraesanezko eztabaidaren esparruan. Ikustaldi publikoa, bigarren instantzian. Absoluzio-epaiak errebotatzea.

RESUMEN: Durante los últimos cuatro años España ha sido objeto de desaprobación por parte del TEDH por conculcar el derecho al proceso debido, en concreto, por condenar en segunda instancia al inicialmente absuelto sin celebrar una vista pública en la que poder defenderse de las acusaciones contra él propugnadas. Mediante el análisis de la última de las condenas, junto a sus predecesoras, precisaremos cuáles son las razones que el Tribunal de Estrasburgo esgrime en el alegato al derecho de defensa, y de ese modo discernir qué elementos discordantes existen entre los razonamientos del tribunal nacional y el europeo. Dicho examen resulta relevante para sentar las bases de una futura reforma legislativa con el fin de lograr un efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ámbito internacional.

PALABRAS CLAVE: Principio de publicidad (artículo 6.1 del CEDH). Derecho de defensa en el marco de un debate contradictorio. Audiencia pública en segunda instancia. Revocación de sentencias absolutorias.

ABSTRACT: For the last four years Spain has been denounced by the ECHR for violating the right to due process, in particular, for sentencing in appeal the initially acquitted without public hearing where he can defend himself from the crimes advocated against him. By means of the analysis of the last ruling, together with the previous ones, we shall specify the reasons that the Court of Strasbourg argues in its reasoning concerning the right to defense and thus distinguish between the discordant elements that are in the reasonings of the national and European courts. That analysis is relevant in order to lay the foundations for a forthcoming legislative reform with the intention of achieving an effective compliance of the duties under international law.

KEYWORDS: Principle of publicity (art. 6 ECHR). Right to defend oneself within the framework of a contradictory debate. Public hearing on the appeal. Reversal of acquittal.