

tema convencional precedente venían percibiendo el complemento de antigüedad que en dichos convenios se establecía, o estaban en curso de adquisición, y trabajadores que habían ingresado después de una fecha determinada, y que no percibían complemento de antigüedad.

Creo que prescindir del elemento objetivo de la precedente percepción o no del complemento de antigüedad a la hora de valorar desde la perspectiva constitucional del derecho de igualdad la validez del cambio normativo, y afirmar sobre esa omisión la homogeneidad de los grupos a comparar, supone un auténtica distorsión de los verdaderos términos del problema que desde dicha perspectiva suscita el art. 19 del convenio colectivo en discusión.

La Sentencia de la que disiento incurre, a mi juicio, en una esquematización distorsionadora del sentido del convenio, desde la que se llega a la consecuencia de tacharlo de discriminatorio. El proceder correcta debiera haber sido, (puesto que se aborda el enjuiciamiento constitucional del convenio desde la clave de la igualdad, a mi juicio, indebidamente) haber partido de una correcta exégesis del convenio colectivo, respetuosa con sus exactos términos, para decidir después, en función de su real complejidad, si se respetaba o no el principio de igualdad.

Entiendo que nuestra Sentencia, al tachar de discriminatorio el convenio, y obligar al Juez de lo Social a dictar nueva Sentencia, para resolver la pretensión del recurrente, partiendo de que el precepto convencional discutido resulta contrario al principio de igualdad, hace tal calificación sobre una base irreal, por la inexactitud de los datos de partida.

Nuestra Sentencia se subroga en el papel que primariamente le correspondía al Juzgado *a quo* para enjuiciar y decidir si el convenio colectivo en torno al que estaba planteado el debate era o no discriminatorio, lesionando el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, e impide al Juez el ejercicio de su propia jurisdicción al respecto, puesto que nuestra Sentencia le vincula a partir del carácter discriminatorio del convenio, y todo ello sobre la base de un planteamiento erróneo.

En esa forzada simplificación se prescinde del obligado enfoque de legalidad que supone el art. 25 LET, según resultó de la modificación de la Ley 11/1994, que, al introducir el principio de positividad en la promoción económica del trabajador, modificando el anterior sistema de regulación legal imperativa, estableció la salvedad de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente. Era en ese marco legal, en el que debía encuadrarse el convenio colectivo, enjuiciando desde el prisma constitucional de la igualdad si en sus reales términos el tratamiento diferencial de los distintos grupos del art. 19 de aquél era o no respetuoso con el principio de igualdad.

Eludo, como ya indique antes, un personal pronunciamiento sobre el particular, para no incurrir por mi parte en la extralimitación que imputo a nuestra Sentencia; pero en cualquier caso el enjuiciamiento correcto, para el que le cerramos el paso al Juez *a quo*, creo que debía haberse desarrollado sobre las referidas bases normativas.

En este sentido emito mi Voto.

Madrid, a cinco de marzo de dos mil cuatro.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

6122 *Sala Segunda. Sentencia 28/2004, de 4 de marzo de 2004. Recursos de amparo 4562-2001 y 4563-2001 (acumulados). Promovido por don Antonio García Franco y otro frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz que les condenó por delitos de estafa y falsedad en documento mercantil. Supuesta vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley, y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 4562-2001 y 4563-2001, promovido el primero por don Antonio García Franco, representado por el Procurador de los Tribunales don Federico José Olivares Santiago y asistido por el Abogado don Fernando Serrano Martínez, y el segundo por don Francisco José García Franco, representado por el mismo Procurador y asistido por el Letrado don José María Fernández Reyes, contra la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, de fecha 11 de julio de 2001, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada el 26 de marzo de 2001 por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jerez de la Frontera en causa seguida por delitos continuados de estafa y falsedad en documento mercantil. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 9 de agosto de 2001 el Procurador de los Tribunales don Federico José Olivares Santiago, en nombre y representación de don Antonio García Franco, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial referida en el encabezamiento de la presente Sentencia, al cual se atribuyó el número de recurso de amparo 4562-2001.

2. Los hechos en que se basa la pretensión de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) En virtud de querrela formulada por don Ángel Deodato Sánchez Recio y mercantil Nacional Suiza, compañía de seguros y reaseguros, S.A., contra el recurrente y su hermano Francisco José, se incoaron por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sanlúcar de Barrameda las diligencias previas núm. 413/90 bis, transformadas posteriormente en procedimiento abreviado núm. 443/1997, cuyo enjuiciamiento correspondió al Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jerez de la Frontera.

b) Dicho Juzgado de lo Penal dictó Sentencia de 26 de marzo de 2001 por la que absolvía a los acusados de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa de los que se les acusaba.

La Sentencia declaraba probados los siguientes hechos: «1) En el mes de julio de 1986 la entidad Nacional Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., crea

una sucursal de la misma en Cádiz, para lo cual contrata los servicios laborales de los hermanos hoy acusados Francisco José y Antonio García Franco, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, desempeñando el primero de ellos el cargo de Director de dicha entidad aseguradora y el segundo de Inspector Comercial. 2) Los hermanos acusados en el ejercicio de sus funciones bien conjuntamente o bien por separado realizaban visitas e inspecciones periódicas a los distintos Agentes que la Compañía Nacional Suiza tenía distribuidos por la provincia de Cádiz. 3) Entre dichos Agentes, se encontraba en la población de Sanlúcar de Barrameda Ángel Deodato Sánchez Recio que, proveniente de la liquidada y extinguida Unión Andaluza de Seguros S.A., había quedado incorporado a la entidad aseguradora Nacional Suiza. 4) En el período de tiempo comprendido entre julio de 1986 a marzo de 1990 los hermanos inculpados, bien juntos o por separado, estuvieron acudiendo a la Agencia del Sr. Sánchez Recio al objeto de realizar la liquidación mensual de las pólizas que éste cobraba de la Compañía Nacional Suiza. 5) En la mencionada liquidación los acusados incluían pólizas ficticias o imaginarias y una vez firmadas dichas liquidaciones por el Agente Sr. Sánchez Recio, éste les entregaba un talón bancario por el importe total de la liquidación para su ingreso en la cuenta de la entidad aseguradora. 6) Con posterioridad, y una vez en Cádiz, dicha liquidación era entregada por los hermanos acusados a un empleado de la Compañía llamado Marcos Martínez Quintero el cual la volcaba o pasaba a un impreso oficial de la entidad aseguradora, en cuyo documento no figuraban las pólizas que ficticiamente habían sido introducidas por los acusados. 7) Finalmente este impreso era remitido por el referido empleado a la Dirección General de la Compañía en Barcelona, la cual percibía el importe correspondiente a las pólizas verdaderamente cobradas, destruyéndose la liquidación en la que figuraban las pólizas ficticias. 8) En fecha 29 de mayo de 1990 fue presentado por el Agente Sr. Sánchez Recio en la Oficina del Decanato de los Juzgados de Sanlúcar de Barrameda, para su posterior reparto, escrito de querrela contra los mencionados hermanos Francisco José y Antonio García Franco, por entender la parte querellante que éstos a través del procedimiento antes indicado le habían defraudado la suma de 10.758.079 pesetas —tras la vista oral dicha cantidad fue reducida a la de 10.446.945 pesetas—, por lo que a su juicio debían ser condenad[o]s como autores de sendos delitos continuados de falsedad documental y estafa. Si bien aparece acreditado en autos que los hermanos inculpados incluían en las liquidaciones pólizas inexistentes o imaginarias, sin embargo no consta suficientemente probado si dicha práctica era realizada por aquellos por iniciativa propia o a instancias y en connivencia con el querellante Sr. Sánchez Recio».

c) Se expone a continuación, en sus aspectos sustanciales, la fundamentación jurídica de la Sentencia del Juzgado de lo Penal. Tras analizar y desestimar las cuestiones previas planteadas por las defensas, el Juez de lo Penal señalaba que, reconociendo los querellados que en las liquidaciones mensuales —que ellos realizaban— de las pólizas del querellante se incluían pólizas inexistentes o ficticias, sin embargo afirmaban éstos que dicha práctica era efectuada bajo instrucciones del propio querellante con la finalidad de distraer esas cantidades de dinero al control de su familia, siendo ese hecho conocido, además de por ellos y el propio Sr. Sánchez Recio, por el empleado de la compañía Marcos Martínez Quintero, y que el dinero correspondiente a las pólizas inexistentes que dicho querellante les entregaba se le revertía después, porque se lo entregaban ellos bien personalmente bien a través del mencionado Martínez Quintero. Tal versión era totalmente desmentida por el querellante,

pues determinaría no sólo la inexistencia de una estafa sino también la inocuidad y consiguiente irrelevancia penal de la falsedad documental.

La Sentencia consideraba que la declaración testifical del querellante era la única prueba que había llevado a las acusaciones a solicitar su pretensión de condena, no habiéndose practicado en realidad más prueba sobre aquel supuesto acuerdo o connivencia que dicha declaración y las de los acusados, pues las demás personas que asistieron a la vista oral sólo hicieron referencia a anomalías o irregularidades en las liquidaciones pero nada sabían acerca de ese extremo. Por tanto —advertía el Juez— siendo absolutamente encontradas y contradictorias las versiones de los hechos ofrecidas por acusador y acusados, «no se entiende por qué se rechaza la declaración de éstos últimos cuando al igual que el querellante desde el inicio de las actuaciones vienen repitiendo sin modificación alguna su propia versión de los hechos», explicando que si ciertamente era presumible su interés exculpatorio, no lo era menos la intención incriminatoria de las manifestaciones «indudablemente parciales» del querellante. Añadía más adelante que «tras oír detenidamente las manifestaciones y testimonios de cuantas personas asistieron al plenario y luego de contrastar tales afirmaciones con las verdadas en la fase sumarial, son varias e importantes las dudas e interrogantes que se plantean, todas las cuales ponen en entredicho lo declarado por el querellante y parecen avalar la tesis de los hermanos acusados»; y, tras examinar en un total de ocho apartados el contenido de la prueba documental y de las declaraciones en la instrucción y en el juicio del querellante, los querellados y varios testigos, concluía que «estas consideraciones que ampliamente acabamos de exponer impiden formar la convicción racional del Juzgador en torno a los hechos por los que se acusaba».

Por todo ello, y con expresa mención del principio *in dubio pro reo*, dictó el Juzgado de lo Penal un fallo absolutorio.

d) Recurrida la Sentencia por la acusación particular, e impugnado el recurso tanto por las defensas como por el Ministerio Fiscal, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz incoó rollo de apelación con número 155-2001 y dictó con fecha 11 de julio de 2000 Sentencia por la que estimaba el recurso y revocaba el fallo absolutorio de la instancia, con el siguiente pronunciamiento: «Estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Paullada Alcántara en nombre y representación de Ángel Deodato Sánchez Recio contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número dos de Jerez de la Frontera en el P.A. núm. 443/97 y en consecuencia revocamos en su integridad la sentencia apelada, en el sentido de condenar a los acusados Antonio y Francisco García Franco, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de estafa y un delito continuado de falsedad en documento mercantil ya definidos, con la concurrencia de circunstancia agravante de abuso de confianza, a la pena de dos años de prisión menor a cada uno de ellos, suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de la condena y a que indemnicen conjunta y solidariamente a D. Ángel Deodato Sánchez Recio en la cantidad de 10.446.945 pesetas, más intereses legales, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de Nacional Suiza Cía. de Seguros y Reaseguros S.A., con imposición a Antonio y Francisco García Franco de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular del Sr. Sánchez Recio y con exclusión de las devengadas por la Cía. de Seguros».

e) A continuación se transcribe el relato de hechos probados de esta Sentencia: «No se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada y se sus-

tituye por lo siguiente: 1) En el mes de julio de 1986 la entidad Nacional Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. crea una sucursal de la misma en Cádiz, para lo cual contrata los servicios laborales de los hermanos hoy acusados Francisco José y Antonio García Franco, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, desempeñando el primero de ellos el cargo de Director de dicha entidad aseguradora y el segundo de Inspector comercial. 2) Los hermanos acusados en el ejercicio de sus funciones, bien conjuntamente, o bien por separado realizaban visitas e inspecciones periódicas a los distintos Agentes que la Compañía Nacional Suiza tenían distribuidos por la provincia de Cádiz. 3) Entre dichos Agentes se encontraba en la población de Sanlúcar de Barrameda Ángel Deodato Sánchez Recio, que, proveniente de la liquidada y extinguida Unión Andaluza de Seguros S. A., había quedado incorporado a la entidad aseguradora Nacional Suiza. 4) En el período de tiempo comprendido entre Julio de 1986 a Marzo de 1990 los hermanos inculpados, bien juntos o por separado, estuvieron acudiendo a la Agencia del Sr. Sánchez Recio al objeto de realizar la liquidación mensual de las pólizas que éste cobraba de la Compañía Nacional Suiza. Los acusados realizaban a título de favor la liquidación mensual al Sr. Sánchez Recio, siendo práctica habitual que en otras agencias la liquidación fuera realizada por el propio agente. 5) En la mencionada liquidación los acusados, con ánimo de obtener un ilícito beneficio incluían pólizas ficticias o imaginarias, y una vez firmadas dichas liquidaciones por el agente Sr. Sánchez Recio, éste les entregaba un talón bancario por el importe total de la liquidación que incluía tanto el correspondiente a pólizas reales como a pólizas ficticias. 6) El agente Sr. Sánchez Recio firmaba las liquidaciones mensuales realizadas por los acusados sin efectuar comprobación alguna, en la creencia de que eran correctamente practicadas. 7) Con posterioridad, una vez en Cádiz, un empleado de la compañía llamado Marcos Martínez Quintero, volcaba o pasaba a un impreso oficial de la entidad aseguradora las pólizas reales, sin incluir las pólizas ficticias que habían sido introducidas por los acusados. Para realizar tal operación Marcos Martínez Quintero nunca comprobaba la liquidación realizada en Sanlúcar, se limitaba a tomar los datos de los taloncillos correspondientes a las pólizas, con lo cual la liquidación enviada a la Dirección General de la Compañía en Barcelona era correcta, al constar el importe correspondiente a las pólizas verdaderamente cobradas. 8) En enero de 1990 el agente Sr. Sánchez Recio al advertir que le faltaba dinero ordenó a su empleada Josefa Becerra la realización de liquidaciones paralelas a las realizadas por los acusados, comprobando tras compararlas un desfase en el cómputo total de ambas liquidaciones. En los meses de febrero y marzo se volvió a producir este mismo desfase. 9) En el mes de Abril de 1990 los acusados dimiten de sus respectivos cargos en la Compañía de Seguros, dimisión que fue aceptada con el carácter de irrevocable por la Dirección General. La Compañía de Seguros realizó una auditoría en la delegación de Cádiz observando una falta de documentos correspondientes a liquidaciones de pólizas así como que no se llevaba ni libro de Caja, ni libro de Bancos. Además de tales irregularidades, el empleado Marcos Martínez Quintero puso en conocimiento de la compañía la forma de proceder de los acusados y en concreto los desfases entre las liquidaciones efectuadas por los acusados al agente de Sanlúcar y las liquidaciones correspondientes a este agente, enviadas a Barcelona, irregularidades que fueron advertidas por éste en julio de 1986. 10) Los acusados se han apoderado por el procedimiento descrito de la suma de 10.446.945 pesetas, en el período de tiempo comprendido entre Julio de 1986 a marzo de 1990».

f) En el fundamento de Derecho primero de la Sentencia se afirmaba textualmente que «la Sala, tras analizar las declaraciones de querellantes, querellados y testigos, prestadas tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, no comparte el proceso de valoración de prueba efectuado por el Juzgador», añadiendo que «considera la Sala que la valoración de prueba es errónea y en cierta medida ilógica, por los razonamientos que a continuación vamos a exponer: «. Examina a continuación, en ocho apartados correlativos a los desarrollados en la Sentencia apelada, los motivos de tal conclusión. En lo que trasciende al recurso de amparo, pueden ser sucintamente resumidos como sigue:

1) A juicio de la Sala el supuesto acuerdo verbal entre los acusados y el Sr. Sánchez Recio para distraer dinero a su familia no estaba probado. Por una parte, en contra de lo alegado por los acusados la inclusión de pólizas ficticias en las liquidaciones no era apta para distraer cantidades al control familiar, sino que al contrario generaba una apariencia de mayores ingresos de los realmente existentes, pareciendo a la Sala además increíble que dos profesionales experimentados hubieran aceptado mantener esa actividad durante años sin dejar constancia escrita alguna; y, por otra parte, la existencia de tal acuerdo había sido negada «de forma rotunda y tajante por el querellante Sr. Sánchez Recio» y que «en relación al testigo Sr. Martínez Quintero, el cual según los acusados estaba presente cuando tal acuerdo se alcanzó, éste ha manifestado que “es incierto que estuviera en connivencia con los acusados y el Sr. Recio para hacer esta operación”», recogiendo asimismo la declaración del hijo del Sr. Sánchez según el cual «si su padre distraía algún dinero ellos no lo notaban en su casa, no faltaba de nada».

2) Frente a la afirmación del Juez *a quo* de que resultaba insólito que al Sr. Sánchez Recio le sustrajeran todos los meses cuatrocientas o quinientas mil pesetas y no se enterase de nada, debían tomarse en cuenta las declaraciones que habían efectuado «en el acto del juicio tanto el hijo del Sr. Sánchez Recio, como su empleada Josefa Becerra como Marcos Martínez Quintero» acerca del desorden organizativo y contable del querellante. Aparte de eso apuntaba la Audiencia Provincial que de la pericial practicada se desprendía que las cantidades sustraídas habían sido progresivamente crecientes, no pudiéndose por tanto atender al valor promedio de la apropiación.

3) Tampoco cabía otorgar la relevancia que le daba el Juez de lo Penal al hecho de que de todas las agencias de Cádiz sólo existieran irregularidades en la del querellante. No se puede obviar que los acusados dimitieron cuando fue sometida a auditoría su Delegación, que en dicha auditoría se observó la falta de documentos y libros y que el testigo Adolfo Bovis Gutiérrez declaró «en la fase de instrucción (folio 39 vto)» que «estos hechos le indujeron a pensar en la existencia de algún hecho que no había quedado claro, ante lo cual procedieron a hablar con el Sr. García Franco ... [quien] se cerró en banda negándose a dejar la llevanza de las Cuentas».

4) Igualmente carecían de justificación las dudas expresadas por el Juez *a quo* por el hecho de que el agente Sr. Sánchez Recio hubiera recibido advertencias por parte de su hijo y sus empleados Josefa Becerra y Marcos Martínez acerca de las irregularidades mencionadas, sin reaccionar aparentemente en modo alguno, ya que a juicio de la Sala tal actitud es la propia de una persona que no controla adecuadamente sus negocios, y que además confiaba excesivamente en los acusados, como se acreditó mediante la declaración del referido hijo en el sentido de que «su padre se sentía aliviado cuando los Sres. de la Cía. de Seguros se ofrecían para ayudarle».

5) De nuevo en relación a la existencia de un pacto o acuerdo entre los acusados y el Sr. Sánchez Recio, y «a mayor abundamiento» consideraba el Tribunal que, contra lo razonado por el Juez de instancia, «en relación a las declaraciones de Marcos Martínez Quintero, la Sala no puede extraer de ellas la conclusión de que tal pacto existía», pues si éste en un principio pudo considerar de la prueba por parte del juzgador» pues de nuevo en «la declaración prestada por Marcos Martínez (folio 49 vto)» éste afirmó «que el declarante, a pesar de que con los taloncillos le daban el original de la liquidación, nunca comprobó la misma y la liquidación que él practicaba a efectos de enviarles a Barcelona era realizada exclusivamente en base a dichos taloncillos. Por tanto, el declarante solamente se dio cuenta de esa actuación irregular cuando vino a Sanlúcar y comprobó que las liquidaciones realizadas en esa agencia no se correspondían con la cantidad total que obraba en la enviada a la central de Barcelona» y en el juicio oral añadió que «le entregaban los taloncillos de control de la compañía y estos taloncillos los enviaba a Barcelona ... las liquidaciones que hacían los acusados, las archivaban». Además hubiera alertado al testigo el hecho de que se le encomendara el volcado de todas las liquidaciones en impreso oficial a excepción de las correspondientes a la agencia de Sanlúcar. Por ello —concluía la Sala— «no puede concluirse que Marcos Martínez estuviere involucrado en la mecánica defraudatoria, ni tampoco que los acusados pecaren de ingenuos al encomendar a un tercero esta tarea».

6) La extrañeza mostrada por el Juez de lo Penal respecto de la intervención de Martínez Quintero en el hecho de pasar a impreso oficial las pólizas reales gestionadas por el agente de Sanlúcar excluyendo las ficticias e imaginarias obedece a una «errónea valoración de la prueba por parte del juzgador» pues de nuevo en «la declaración prestada por Marcos Martínez (folio 49 vto)» éste afirmó «que el declarante, a pesar de que con los taloncillos le daban el original de la liquidación, nunca comprobó la misma y la liquidación que él practicaba a efectos de enviarles a Barcelona era realizada exclusivamente en base a dichos taloncillos. Por tanto, el declarante solamente se dio cuenta de esa actuación irregular cuando vino a Sanlúcar y comprobó que las liquidaciones realizadas en esa agencia no se correspondían con la cantidad total que obraba en la enviada a la central de Barcelona» y en el juicio oral añadió que «le entregaban los taloncillos de control de la compañía y estos taloncillos los enviaba a Barcelona ... las liquidaciones que hacían los acusados, las archivaban». Además hubiera alertado al testigo el hecho de que se le encomendara el volcado de todas las liquidaciones en impreso oficial a excepción de las correspondientes a la agencia de Sanlúcar. Por ello —concluía la Sala— «no puede concluirse que Marcos Martínez estuviere involucrado en la mecánica defraudatoria, ni tampoco que los acusados pecaren de ingenuos al encomendar a un tercero esta tarea».

7) En fin, a juicio de la Sala no se había practicado medio de prueba alguno que acreditase el reintegro de cantidades al Sr. Sánchez Recio. En este punto el Juzgador *a quo* resalta la contradicción en que ha incurrido el testigo Marcos Martínez en sus declaraciones prestadas en fase de instrucción y en el juicio oral; sin embargo —objetaba el Tribunal *ad quem*— no ha tenido en cuenta que interrogado el testigo en el acto del juicio oral acerca de dicha diferencia «éste ha insistido en afirmar que conocía el contenido de los sobres», y también en el juicio dijo que «conocía el contenido de los sobres que llevaba a Sanlúcar porque los había hecho él, no llevó nunca dinero». Además, Josefa Becerra, empleada de la agencia de Sanlúcar, manifestó que «Marcos Martínez iba por allí llevando sobres de pólizas y estaban ellos allí presentes y le veían traer y llevar documentos».

De todo ello extrae la Audiencia Provincial, en el segundo fundamento jurídico, la conclusión de que «se ha practicado en este proceso prueba de cargo de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a los acusados en este proceso penal (art. 24 de la Constitución)». En consecuencia, califica la conducta los hoy demandantes como un delito continuado de estafa previsto y penado en el art. 528 y art. 69 bis del Código penal y un delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 303 en relación con el art. 302.4 del mismo texto legal, con la agravante

de abuso de confianza, con el pronunciamiento condenatorio ya transcrito.

3. La demanda de amparo formulada por don Antonio García Franco invoca, frente a la referida Sentencia de apelación, la vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como la vulneración del principio de legalidad en materia penal que establece el art. 25.1 CE. El demandante argumenta tales vulneraciones sustancialmente en los términos siguientes:

a) La Audiencia Provincial vulnera a juicio del recurrente el derecho a la igualdad (art. 14. CE) porque contradice el criterio sostenido por ese mismo órgano judicial, y concretamente por la misma Sección, al resolver otros recursos de apelación contra Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal en procedimientos abreviados. Del estudio —realizado por el demandante— de todas las dictadas en los seis primeros meses del año 2001 en los recursos contra las Sentencias de los tres Juzgados de lo Penal de Jerez de la Frontera resulta que la Audiencia viene manteniendo que puede realizar una nueva valoración de la prueba, revisando la del Juez *a quo*, sólo cuando éste ha incurrido en un «manifiesto error» en la valoración, o alcanzado conclusiones ilógicas, irracionales o arbitrarias, no cabiendo en otro caso modificar el criterio del Juzgador de instancia respecto de la credibilidad de un testigo, ni tampoco rectificar la aplicación que haya hecho del principio *in dubio pro reo* por dudar de la existencia del hecho o la participación del acusado. Este criterio —entiende el actor— no ha sido mantenido en el presente supuesto, en el que la Sala entra a analizar las declaraciones de querellantes, querellados y testigos, prestadas tanto en la fase de instrucción como en el juicio, y realiza una nueva valoración de las mismas sin afirmar en ningún momento que la efectuada por el Juez de lo Penal hubiera sido arbitraria, irracional, ilógica o manifiestamente errónea, sino tan sólo que es «en cierta medida ilógica», no habiendo justificado tampoco en su Sentencia las razones del cambio de doctrina.

b) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se ha vulnerado según el demandante al incurrir la Audiencia en incongruencia, ya que no da respuesta a diversas alegaciones contenidas en la impugnación del recurso de apelación relativas precisamente a la valoración de la prueba por el Tribunal *ad quem*, así como a la naturaleza de los documentos en que se basa la denuncia, que eran fotocopias; y además modifica los hechos probados, pese a que el apelante se había mostrado conforme con los de la Sentencia de instancia.

c) Denuncia asimismo la vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues el Tribunal de apelación realizó un nuevo análisis de la prueba valorando declaraciones testificales que no se habían practicado ante la Sala en condiciones de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, y ni siquiera en el juicio, ya que incluyó declaraciones sumariales, basándose en actas que no recogen exhaustivamente todo lo dicho, de las que va entresacando frases, tomadas a veces de dos manifestaciones contradictorias, escogiendo la que más se acomoda a la tesis del querellante, en particular al valorar la declaración del testigo Sr. Martínez Quintero. Señala además que no acredita la Sala que la valoración realizada por el Juez de instancia fuera ilógica, irracional, arbitraria o manifiestamente errónea.

d) En el contexto que acaba de ser expresado denuncia también la vulneración del derecho a la doble instancia establecido por el art. 14.5 PIDCP y el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 al CEDH, en cuanto que la acusación ha tenido la posibilidad de ejercitar la acción

penal dos veces, mientras que se ha privado de tal derecho al condenado, que al ser declarado culpable en segunda instancia no tiene posibilidad de que tanto el fallo como la pena sean sometidos a un Tribunal superior, ni siquiera para discutir cuestiones de Derecho que, dado el fallo absolutorio de la instancia, no hubo posibilidad de discutir en la apelación.

e) Entiende el demandante vulnerados en fin los principios de legalidad penal (art. 25.1 CE) y tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por no haberse aplicado la ley penal más favorable, ya que se condena a los acusados por un delito de falsedad despenalizado, concretamente el tipificado en el art. 303 en relación con el 302.4 del Código penal de 1973, que castigaba una modalidad de falsedad ideológica (faltar a la verdad en la narración de los hechos), atípica conforme al art. 392 en relación con el 390 del Código de 1995.

La demanda de amparo termina con la súplica de que «[se] tenga por interpuesto recurso de amparo contra la Sentencia de fecha once de julio de dos mil uno, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz en el recurso de apelación, darle al presente recurso el trámite legal y, estimando el mismo, [se] dicte Sentencia por la que [se] otorgue a nuestra representada el amparo solicitado, reconociendo la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: derecho a la igualdad (art. 14 CE), derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE) y, declarando la nulidad de la Sentencia indicada, se le restablezca en sus derechos»

Mediante otrosí, y de conformidad con el art. 56 LOTC, se solicita la suspensión de la resolución recurrida entretanto se sustancie el proceso de amparo, toda vez que, al tratarse de una pena privativa de libertad de corta duración, su ejecución produciría al recurrente un perjuicio irreparable en el supuesto de que se concediera el amparo.

4. En la misma fecha, 9 de agosto de 2001, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal otro escrito del mismo Procurador interponiendo recurso de amparo contra la misma Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, esta vez en nombre y representación de don Francisco José García Franco. Fue registrado con el número 4563-2001.

5. Los hechos en los que se basa la demanda son los mismos que los expuestos respecto del recurso de amparo núm. 4562-2001.

6. La fundamentación jurídica de la demanda también es similar:

a) La Sala violó el derecho a la igualdad (art. 14 CE) al realizar una nueva valoración de la prueba diametralmente distinta de la efectuada por el Juez *a quo* en contra de su propia doctrina invariablemente mantenida en resoluciones anteriores. Para ilustrar esa afirmación el demandante aporta testimonio de catorce Sentencias dictadas por esa misma Sección de la Audiencia de Cádiz, y analiza además un total de cuarenta y ocho, dictadas en recursos de apelación resueltos en mayo y junio de 2001.

b) La Audiencia Provincial vulnera también, según el demandante, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por faltar a la obligación constitucional de motivar suficientemente las resoluciones judiciales, expresando las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de su decisión, exigencia que cobra especial relieve al apartarse dicha decisión de la línea mantenida hasta el momento por el mismo Tribunal, cambio de criterio que

hubiera debido razonar explícitamente, y además con esa omisión deja incontestada la alegación relativa a ese criterio de valoración de la prueba en segunda instancia formulada por la defensa en su escrito de impugnación de la apelación. La Sala tampoco explica dónde radica la falta de lógica o la deficiencia del razonamiento del Juez de lo Penal.

c) Se denuncia también vulneración del principio de presunción de inocencia y del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse condenado al demandante de amparo sin que existiera prueba de cargo alguna practicada ante el Tribunal *ad quem*, revisando la Audiencia sin intermediación la prueba llevada a cabo en la primera instancia. Incluso se remite la Audiencia a actuaciones sumariales que en ningún momento habían sido introducidas en el juicio oral por la vía del art. 730 LECrim, ya que las únicas lecturas de actuaciones sumariales que se leyeron en el juicio, al amparo del art. 714 de la misma Ley procesal, fueron las solicitadas por la propia defensa para poner de manifiesto las contradicciones existentes en las declaraciones del querellante Sánchez Recio y su ahijado Marcos Martínez Quintero. Además —prosigue el actor— el Juez fundamentó su fallo absolutorio en que no creía al testigo querellante, y que de la prueba practicada en el juicio surgían dudas razonables sobre la culpabilidad de los acusados, porque los testigos no le transmitían credibilidad. No puede la Sala valorar precisamente la credibilidad de esos testimonios, sencillamente porque no ha oído ni visto a los testigos, ni ha podido someterlos a contradicción ni intervenir en los interrogatorios.

Denuncia asimismo, al hilo de lo expuesto, y con idénticos argumentos y cita de normas que el anterior recurrente, la vulneración del derecho al proceso debido y con todas las garantías por cuanto la acusación ha disfrutado de dos instancias para obtener una sentencia condenatoria, desconociéndose el derecho del ahora recurrente a la doble instancia penal.

d) Por último invoca el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el principio de legalidad (art. 25.1 CE), puesto que la Sentencia de apelación lo condena por un delito de falsificación despenalizado.

La demanda de amparo termina con la súplica de que se tenga por formulado el recurso de amparo «contra la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera, de fecha once de julio del dos mil uno (recaída en el Recurso de Apelación núm. 155/01-G interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. dos de Jerez de la Frontera de fecha veintiséis de marzo del dos mil uno, resolutoria del Procedimiento Abreviado núm. 443/97 de dicho Juzgado) y, seguidos que sean los trámites legales, [se] dicte en su día Sentencia por la que se acuerde, de conformidad con el art. 55.1.a) de la LOTC: 1. Reconocer que se han vulnerado los siguientes derechos fundamentales del demandante, Don Francisco José García Franco: derecho a la igualdad (art. 14 CE); derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); derecho al proceso debido con todas las garantías (art. 24.2 CE); derecho al principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE). 2. Restablecerle en los citados derechos y en consecuencia declarar nula la Sentencia de once de julio del dos mil uno, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, y recaída en el Rollo de Apelación Penal núm. 155/01, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 443/97 del Juzgado de lo Penal núm. dos de los de Jerez de la Frontera».

Mediante otrosí, con arreglo al art. 56 LOTC, solicita el recurrente que se suspenda la ejecución del fallo recurrido mientras se tramita el proceso de amparo, ya

que aquélla produciría al recurrente un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su principal finalidad.

7. Por diligencia de 13 de agosto de 2001 dictada en el recurso 4563-2001, se atribuyó a la Sala Segunda de este Tribunal el conocimiento del referido recurso, por apreciarse conexión con el 4562/2001. Mediante sendas resoluciones de 21 de noviembre de 2001 se acordó en ambos procedimientos, conforme al art. 11.2 LOTC, admitir las respectivas demandas a trámite y, de acuerdo con el art. 51 de la misma Ley Orgánica, dirigir atenta comunicación a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz y al Juzgado de lo Penal número 2 de Jerez de la Frontera a fin de que en el plazo de diez días remitiesen certificación o copia adverada de las actuaciones, y, en el caso del Juzgado, emplazase además a quienes hubieran sido parte en el procedimiento.

8. El día 21 de noviembre de 2002 la Sala acordó en ambos recursos formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión con arreglo a lo dispuesto en el art. 56 LOTC, concediendo al Ministerio Fiscal y a los recurrentes un plazo común de tres días para formular alegaciones al respecto.

Los recurrentes, mediante escritos presentados el 26 de noviembre en el Juzgado de Guardia de Madrid, que tuvieron entrada en este Tribunal al día siguiente, expusieron, sin que ello debiera considerarse una renuncia a la defensa de sus derechos constitucionales, que la solicitud de suspensión había quedado vacía de contenido, al haberseles otorgado, previo pago de las responsabilidades civiles, la suspensión condicional de las penas impuestas.

El Ministerio Fiscal, por su parte, formuló un escrito en cada procedimiento, los dos registrados el mismo 26 de noviembre, mostrándose favorable a la suspensión de las penas privativas de libertad y sus accesorias, y oponiéndose a la suspensión en lo demás.

Por sendos Autos de 20 de enero de 2003 la Sala resolvió suspender respecto de ambos demandantes la ejecución de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz exclusivamente en lo referente a las penas privativas de libertad y accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de la condena.

9. Personados cada uno de los dos demandantes en el recurso respectivamente interpuesto por el otro, mediante diligencias de ordenación de 6 de febrero de 2003 se tuvieron por efectuadas dichas personaciones y se acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes recurrentes y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que pudieran formular cuantas alegaciones tuvieran por conveniente, así como concederles, con arreglo al art. 83 LOTC, un plazo de diez días para que se pronunciaran sobre la acumulación de ambos recursos de amparo.

10. El Ministerio Fiscal presentó el 18 de febrero de 2003 un escrito en cada uno de los recursos mostrándose favorable a su acumulación. En igual sentido se pronunciaron los dos demandantes, mediante escritos registrados el 21 de febrero de 2003.

11. Mediante escrito registrado el día 24 de febrero de 2003, el Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC conferido en el recurso número 4562-2001, instado por don Antonio García Franco, en el que interesó la estimación parcial de la demanda de amparo, con base en la argumentación que a continuación sucintamente se extracta:

a) En relación con la supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, el Ministerio Fiscal estima, con cita de la STC 176/2000, que la mera exposición de la queja efectuada patentiza su falta de sustento, al construirse en base a una comparación abstracta doctrinal y parecer deducirse el derecho alegado de la estadística de las resoluciones más que de otra cosa. Y es que la misma materia de que se trata, la estimación de recursos de apelación por existencia de error en la valoración de la prueba habida es, *per se*, inidónea para, a partir de la misma, construir una alegación como la presente, por la sencilla razón de que las circunstancias fácticas en cada caso son distintas, y la cuestión atinente a su valoración no es una cuestión jurídica, sino de práctica, experiencia, sentido común, lógica, etc, no existiendo en nuestro sistema procesal un sistema legal o tasado de valoración de la prueba.

b) Respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, producida según el recurrente por incongruencia omisiva al no dar respuesta en parte a lo alegado por él, y por incongruencia *extra petita* al modificar los hechos probados sin que lo pidiera el recurrente, estima el Ministerio Público, citando la STC 85/2002, que la pretensión de amparo ha de ser inadmitida por falta de agotamiento de la vía judicial previa, al no haberse interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones del apartado tercero del art. 240 LOPJ; y, subsidiariamente, también con extensa cita de las SSTC 141/2000 y 18/2000, entiende no existe la incongruencia alegada. En concreto, no hay incongruencia omisiva porque al haber estimado la Audiencia Provincial el recurso de apelación que se sustentaba en error en la valoración de la prueba, y haber procedido al nuevo examen del material probatorio por considerar ilógicas las conclusiones alcanzadas por el Magistrado Juez de lo Penal, ha desestimado de forma tácita los argumentos contenidos en el escrito de impugnación referidos a las limitaciones de dicha capacidad revisora, siendo obvio que el órgano judicial tuvo presente la alegación de la parte referida a los límites de tal función revisora y que la rechazó, por cuanto uno de los supuestos que permiten que prospere una alegación de error en la valoración de la prueba es que las conclusiones alcanzadas por el Juez sean ilógicas o irracionales. En cuanto a la naturaleza de simples fotocopias de las liquidaciones ficticias aportadas y a la existencia de posibles reintegros por los ahora demandantes, aquéllas fueron recogidas como probadas en la Sentencia de instancia y a ellas se refiere el fundamento de derecho Primero 1 d) de la de apelación, y los posibles reintegros en el núm. 7 del mismo fundamento de derecho, por lo que ambas cuestiones fueron analizadas y rechazadas por la Sala.

En cuanto a la incongruencia *extra petita* —prosigue el Ministerio Fiscal— la lectura del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular patentiza la inexactitud de la afirmación de la parte, referida a que dicho apelante mostró su total conformidad con el *factum* acreditado, pues en el recurso se hace constar su asunción del mismo excepto de su párrafo final en el que se afirmaba no constar suficientemente probado que lo realizado por los acusados lo fuera por iniciativa propia o a instancia y en convivencia con el querellante, dirigiéndose todo el escrito de recurso a combatir tal afirmación fáctica y a mostrar la ausencia de dicho concierto, de lo que derivaría la acreditación de los ilícitos, por lo que al asumirse por la Sentencia cuestionada las tesis del apelante, y en consecuencia modificar los hechos en tal aspecto, en modo alguno incurrió en la tacha denunciada.

c) En lo concerniente a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia al realizar la Sala un nuevo análisis de la prueba practicada valorando unas diligencias testificales no practicadas ante ella bajo los

principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, basando además su Sentencia en declaraciones sumariales, y no acreditando suficientemente que los razonamientos del Juez *a quo* eran ilógicos, irracionales o manifiestamente erróneos, el Ministerio Fiscal estima que toda la alegación debe ser reconducida a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y apunta que dicha cuestión ha sido estudiada en la STC 167/2002, que transcribe extensamente. En el presente caso —concluye el Ministerio Fiscal— la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de la Audiencia Provincial, cuyo contenido resume, se refiere a la existencia de conocimiento y consentimiento por parte del perjudicado de las manipulaciones realizadas por los acusados en las liquidaciones de las pólizas. Del examen de las argumentaciones de la Sala resulta —a juicio del Ministerio Público— que la conclusión probatoria determinante de la condena se ha derivado del análisis de la documental, pero también de la ausencia de la misma y sobre todo también de las declaraciones testimoniales y de los acusados, en relación a la existencia de un concierto que otorgara justificación a la condena de los mismos, lo que conforme a la doctrina constitucional citada conlleva vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

d) En cuanto a la aducida vulneración del principio de legalidad y tutela judicial efectiva por la no aplicación de la ley penal más favorable, al condenarse al recurrente por un delito de falsedad que quedó despenalizado tras la entrada en vigor del CP 1995, el Ministerio Fiscal advierte que la presente queja aparece por primera vez formulada en la demanda de amparo, no habiéndose suscitado la cuestión a lo largo del proceso penal en ninguno de los sucesivos trámites, ni en la calificación, ni en el plenario, ni en la impugnación de los recursos, por lo que concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa. Subsidiariamente, con cita de la STC 228/2002, la Fiscalía considera que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, pudiéndose sólo estimar infringido el art. 25.1 CE si la interpretación y la labor de subsunción realizada fuera ajena a los términos de la norma aplicada, a las pautas axiológicas que conforman nuestro ordenamiento constitucional y a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica. Además recuerda que desde la STC 8/1981 es reiterada doctrina de este Tribunal que el art. 25.1 CE no comprende como derecho fundamental de los ciudadanos, invocable en amparo, la retroactividad de la ley penal más favorable, con independencia de su asentamiento en el art. 9.3 CE. Por último, añade que el recurrente no cuestiona que la aplicación de la legalidad penal derogada fuera en abstracto más favorable que la vigente en el momento del enjuiciamiento y omite que ha sido condenado como autor de dos infracciones en concurso medial, lo que implica la punición, dado el supuesto concreto, por la infracción más grave, que en este caso es la estafa, además en una figura agravada y como delito continuado, por lo que la afirmación de la parte de que ha sido condenada por una infracción delictiva despenalizada carece de sustento, habiendo sido condenada por una modalidad agravada de estafa continuada, cuya punición más favorable en la legislación derogada en modo alguno se discute.

Por todo ello el Ministerio Fiscal interesa que se dicte Sentencia declarando vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, anulando la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz y retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado de la mencionada sentencia, a fin de que se dicte nueva Sentencia respetuosa del derecho funda-

mental vulnerado, y desestimando la demanda en todo lo demás.

12. Mediante otro escrito con entrada en el Registro General del Tribunal el día 6 de marzo de 2003, el Ministerio Fiscal formuló alegaciones en el recurso número 4563-2001, instado por don Francisco José García Franco, interesando en términos análogos a los expuestos en el reseñado en el anterior antecedente de hecho la estimación parcial de la demanda de amparo, con similares argumentos, a los que únicamente añadía, en sustancia:

a) En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por apartarse la Sentencia cuestionada del propio criterio de la Sección que la dicta, es sabido que el error en la apreciación del apueba es uno de los motivos susceptibles de ser alegado en el recurso de apelación penal (art. 795.2 LECrim), pero la estimación de tal motivo es excepcional, siendo lo común que se respete la valoración probatoria del Juez de lo Penal, que goza de inmediación, salvo en supuestos anómalos; pero el que ello sea así no implica que los órganos de apelación carezcan de facultades revisoras, pues tienen plena cognición para resolver cuantas cuestiones fácticas y jurídicas se les sometan a examen. Por ello la alegación de la parte tal y como se expone, de que existe un criterio determinado que implica que, en la mayoría de los supuestos, no se acceda a la revisión solicitada por las apelantes, carece de toda virtualidad, porque acontece que la revisión es un motivo previsto por el legislador, y la mayor o menor frecuencia en que la misma prospere no implica, en los casos en que ello sucede, la vulneración constitucional alegada.

b) La queja relativa a la incongruencia omisiva por falta de motivación del cambio de criterio sostenido con anterioridad debe entenderse subsumida por su propia naturaleza en el precedente motivo de recurso (vulneración del derecho a la igualdad), al ser dicha motivación uno de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su apreciación.

c) En relación con el tercer motivo, basado en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y al proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE, al haberse condenado sin prueba de cargo alguna practicada con inmediación ante el Tribunal, reitera el Ministerio Fiscal la argumentación de su otro escrito de alegaciones resumido en el anterior antecedente de hecho, confirmando que a su juicio se vulneró el derecho del actor a un proceso con todas las garantías.

d) También reproduce íntegramente el Ministerio público, sus argumentos sostenidos frente a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad previstos en los arts. 24.1 y 25.1 CE, al ser condenado el recurrente como autor de un delito de falsificación en documento mercantil despenalizado en el Código penal de 1995.

Por todo ello el Ministerio Fiscal, igual que hiciera frente al otro recurso acumulado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.1 inciso primero LOTC, interesa del Tribunal Constitucional que se dicte Sentencia por la que se declare vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías y se restablezca su derecho, anulando a tal fin la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz y retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado de la misma, a fin de que se dicte nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, y se desestime la demanda en todo lo demás.

13. Los escritos de alegaciones del Procurador Sr. Olivares Santiago, en representación de ambos recurrentes, se registraron el 5 de marzo de 2003. En ellos se

reiteraba íntegramente el contenido de sus anteriores escritos, añadiendo una nueva alegación relativa a la doctrina de este Tribunal emanada de la Sentencia 167/2002 (el escrito formulado en nombre de don Antonio García Franco mencionaba también la STC 170/2000), posterior a la interposición de los recursos, según la cual «el Tribunal de Apelación no puede modificar los hechos probados de una sentencia absolutoria salvo en el supuesto de que ante él se practique nueva prueba, por impedírsele los principios de inmediación y contradicción», doctrina que estimaban aplicable al presente caso, reproduciendo en consecuencia su solicitud de amparo.

14. Por Auto de 28 de abril de 2003 esta Sala Segunda del Tribunal Constitucional resolvió conforme al art. 83 de su Ley Orgánica acumular ambos recursos de amparo, números 4562-2001 y 4563-2001, al apreciar que los mismos fueron interpuestos por distintos demandantes que actúan bajo una misma representación y defensa, se hallan en situación jurídica substancialmente idéntica y recurren una misma Sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz con idéntica motivación jurídica y con similitud entre las posiciones jurídicas ostentadas inicialmente en la vía judicial.

15. Por providencia de 1 de marzo de 2004, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Los dos recursos de amparo acumulados en el presente procedimiento se dirigen contra la Sentencia de fecha 11 de julio de 2001 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz. Esta Sentencia condenó a quienes ahora son demandantes de amparo, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de estafa y un delito continuado de falsedad en documento mercantil, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de confianza, a sendas penas de dos años de prisión menor, suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de la condena y a indemnizar conjunta y solidariamente al perjudicado en la cantidad de 10.446.945 pesetas más los intereses legales, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de Nacional Suiza, compañía de seguros y reaseguros, S.A., así como al pago de las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular, con exclusión de las devengadas por la citada sociedad. Dicho fallo condenatorio fue dictado por la Audiencia Provincial en grado de apelación, estimando el recurso que la acusación particular había interpuesto contra la Sentencia dictada el 26 de marzo de 2001 por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jerez de la Frontera, la cual había sido absolutoria.

2. Dichos recursos de amparo acumulados se fundamentan en similares motivos: vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) así como —en el recurso núm. 4563-2001— a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

El primero de dichos motivos se basa en que, al entender de los recurrentes, el Tribunal de apelación se apartó, sin explicación o razonamiento aclaratorio alguno, de la doctrina que la misma Sección venía sosteniendo de manera invariable respecto de la limitación de sus facultades revisoras de la valoración de la prueba en la segunda instancia en los supuestos de apelación contra sentencias absolutorias. Conforme a dicha doctrina, dada

la privilegiada posición del Juez de instancia como consecuencia de la aplicación de los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, tan sólo en caso de manifiesto error en la valoración —de modo que las conclusiones alcanzadas por aquél fueran ilógicas, irracionales o arbitrarias— podría la Sala separarse del criterio valorativo del Juzgador *a quo*, y llegar por tanto a una conclusión probatoria de signo diferente.

El segundo motivo atribuye a la Sentencia impugnada una doble incongruencia. Se alega la incongruencia omisiva, en primer lugar por la denunciada falta de motivación del giro doctrinal introducido, no dando así respuesta a las alegaciones de los hoy demandantes relativas precisamente a esa preexistente doctrina de la Sala sobre la valoración de la prueba (a la que se ha aludido en el anterior motivo), sin que nada se diga acerca de «donde radica la ilogicidad o la deficiencia del razonamiento del Juez de lo Penal»; y, en segundo lugar, por no haber tenido tampoco en cuenta la Sentencia las alegaciones relativas a la naturaleza de meras fotocopias de los documentos aportados por la acusación y a la existencia de reintegros. Se fundamenta la alegación de incongruencia *extra petita* en el hecho de la modificación por el Tribunal *ad quem* de los hechos probados, pese a la expresa conformidad con ellos por parte de la acusación apelante.

Bajo la invocación del principio de presunción de inocencia por parte de ambos recurrentes, a la que don Francisco José añade la del derecho a un proceso con todas las garantías, se denuncia a efectos de amparo el hecho de que la Sala de apelación realizó, con resultado condenatorio, una valoración de pruebas que no habían sido practicadas ante la propia Sala en régimen de inmediación, oralidad, publicidad, y contradicción, y algunas de ellas ni siquiera en el juicio, por tratarse de material sumarial que no había sido debidamente introducido en el plenario. En el trámite de alegaciones previsto en el art. 52.1 LOTC ambas partes recondujeron tal queja a la invocación *in totum* de la doctrina emanada de la STC 167/2002 de 18 de septiembre, relativa a la valoración de la prueba en segunda instancia en supuestos de recursos contra fallos absolutorios. Denuncian también los recurrentes el hecho de que, siendo el derecho a la doble instancia un derecho establecido a favor del reo y no de la acusación, sin embargo en el presente caso la acusación tuvo dos instancias para obtener una Sentencia condenatoria, en tanto que aquéllos no gozaron de nueva instancia tras la condena.

Por último, la queja relativa a la vulneración del principio de legalidad se articula sobre la base de la inaplicación, por parte de la Audiencia Provincial, del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, al condenar a ambos recurrentes como autores de un delito de falsedad en documento mercantil del art. 303 (falsedad de documento mercantil cometida por particular) en relación con el 302.4 (faltar a la verdad en la narración de los hechos) del Código penal de 1973, habiendo resultado destipificada tal conducta por el art. 392 del vigente Código penal de 1995.

3. El Ministerio Fiscal considera inexistente la violación del principio de igualdad, entendiéndolo que, con ser excepcional la estimación del motivo de apelación consistente en el error en la apreciación de la prueba, siendo lo común que se respete la valoración probatoria del Juez de lo Penal, que goza de inmediación, salvo en supuestos anómalos, ello no implica que los órganos de apelación carezcan de facultades revisoras, con lo que la aportación de estadísticas relativas al número de casos en que se acoge la revisión carece de toda virtualidad, porque la mayor o menor frecuencia en la que tal motivo prospere, no implica, en los casos en que ello sucede, la vulneración constitucional alegada. Además la materia misma en que se basa la queja, la

estimación de recursos de apelación por existencia de error en la valoración de la prueba, es *per se* inidónea para construir una alegación como la presente, porque las circunstancias fácticas en cada caso son distintas, y la cuestión atinente a su valoración no es una cuestión jurídica, sino de práctica, experiencia, sentido común, lógica, etc, no existiendo en nuestro sistema procesal un sistema legal o tasado de valoración de la prueba.

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir la Sentencia de la Audiencia Provincial en incongruencia omisiva y *extra petita*, el Ministerio público sugiere la inadmisibilidad de tal motivo de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, ya que no se instó el incidente de nulidad previsto en el artículo 240.3 LOPJ. Ahora bien, afirma que, de todos modos, no existe tal incongruencia: en cuanto a la supuesta omisión de respuesta a las alegaciones sobre la limitación de las facultades revisoras de la prueba en segunda instancia, porque debe ser reconducida tal cuestión al motivo de recurso anterior, es decir, la vulneración del principio de igualdad; respecto de la falta de respuesta a la alegación relativa a la falta de lógica de los argumentos del Juez *a quo*, por existir una desestimación tácita subyacente en el análisis discrepante que la Sala hace de la motivación de la Sentencia de instancia tras calificarlos de «en cierta medida ilógicos»; respecto de la alegación relativa a la naturaleza de ciertos documentos y la acreditación de determinados reintegros, porque la Audiencia Provincial sí se pronunció en su Sentencia sobre tales cuestiones; y, en fin, en lo concerniente a la alegada incongruencia *extra petita*, no se da en la resolución impugnada en tanto en cuanto no es cierto que la parte apelante mostrara su total conformidad con el *factum* acreditado, pues excluyó el párrafo de la Sentencia de instancia en que se afirmaba no constar suficientemente probado el delito, no haciendo la Sala otra cosa que asumir las tesis del apelante y en consecuencia modificar los hechos en tal aspecto.

El Ministerio Fiscal interesa sin embargo la estimación del motivo de amparo referido a valoración en segunda instancia, con consecuencias condenatorias, de pruebas no practicadas ante el órgano de apelación, e incluso de material sumarial no introducido en el juicio, sin acreditar por otra parte que el razonamiento del Juez *a quo* fuera ilógico o irracional, y alterándose además con ello el mecanismo de la doble instancia, que, siendo un derecho del acusado, se trastoca en doble oportunidad de ejercer la acusación. Estimando que tales cuestiones, alegadas por los recurrentes, han de ser reconducidas a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y resueltas conforme a la doctrina sentada por la citada STC 167/2002, considerando que la conclusión probatoria de la Audiencia Provincial de Cádiz derivó del análisis de la documental, pero también de las declaraciones testimoniales y de los acusados que no se habían llevado a cabo ante ella en condiciones de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, lo que conlleva vulneración del mencionado derecho fundamental.

Por último insta también la Fiscalía la inadmisión del motivo relativo a la vulneración del principio de legalidad, por falta de agotamiento de la vía al no haberse hecho mención a tal cuestión en ninguno de los trámites del proceso, y subsidiariamente su desestimación por cuanto, debido a la aplicación de las reglas del concurso medial, los recurrentes fueron en realidad condenados por el delito más grave, que era la estafa agravada continuada, cuyo tratamiento más benévolo en la legislación derogada que en la vigente no ha sido discutido por los demandantes.

4. Con carácter previo al análisis de fondo de las quejas formuladas por los recurrentes es preciso des-

pejar los óbices procesales apuntados por el Ministerio Fiscal.

a) Objeta el Ministerio público la falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo, determinante de inadmisión conforme al art. 44.1 a) LOTC, al no haber acudido los demandantes al incidente del art. 240.3 LOPJ para reparar el vicio de incongruencia que denunciaban, supuestamente determinante de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En efecto, este Tribunal viene exigiendo, en aplicación de su doctrina sobre la subsidiariedad del amparo, la utilización previa de todo recurso que por su carácter y naturaleza sea adecuado para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado (SSTC 108/1999, de 14 de junio, FJ 2; 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 165/2002, de 17 de septiembre, FJ 3; 57/2003, de 24 de marzo, FJ 2 y 89/2003, de 19 de mayo, FJ 2), y a tal fin entiende que la interposición del incidente de nulidad que se regula en el art. 240.3 LOPJ, a partir de su reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, constituye un recurso ineludible para cumplir el requisito previsto en el citado art. 44.1 a) LOTC (por todas, STC 284/2000, de 27 de noviembre, FFJJ 3 y 4). Tal y como el Ministerio Fiscal observa, los recurrentes obviaron esa carga procesal, no dando ocasión a los órganos judiciales, si para ello hubiera razón, de reparar ese supuesto vicio de incongruencia. Tal omisión, que habría hecho posible la inadmisión *a limine* de la queja en este punto conforme al art. 50.1 a) LOTC, en todo caso puede ser tomada en cuenta en este momento procesal, provocando, en lo que a esa concreta pretensión concierne, la desestimación del recurso (SSTC 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2, 12/2002, de 28 de enero, FJ 3; 74/2002, de 8 de abril, FJ 2; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2; 178/2002, de 14 de octubre, FJ 4; y 57/2003, de 24 de marzo, FJ 2, entre otras).

Con independencia de ello debe señalarse que, según igualmente señalaba el Ministerio público, la lectura de la Sentencia cuestionada no revela ningún síntoma de incongruencia determinante de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En lo que afecta a la supuesta incongruencia omisiva no es necesario pasar al análisis del específico contenido de la queja, por no referirse la ausencia de respuesta del Tribunal que denuncian los actores a verdaderas pretensiones, sino a meras alegaciones en apoyo de aquéllas, siendo el desajuste entre la pretensión y la respuesta judicial, y no entre ésta y los simples argumentos fundadores del *petitum*, el que origina el vicio de incongruencia constitucionalmente relevante (por todas SSTC 148/2003, de 14 de julio, FJ 4, y 91/1995, de 19 de junio, FJ 4). En lo que concierne a la aducida incongruencia *extra petita*, consistente en haber modificado la Sala los hechos probados cuando el recurrente se había aquietado a ellos, tampoco cabría apreciarla, porque de la lectura del recurso interpuesto por la acusación particular se desprende que éste no extendía —como de la propia naturaleza y fin de tal recurso cabía esperar— su aceptación de los hechos declarados probados a aquéllos de los que derivaban consecuencias directamente absolutorias, teniendo por no acreditado el concierto criminal para defraudar a la víctima. De este modo, la alteración que introduce el órgano de apelación no es más que una inevitable adaptación del relato de hechos probados a las consecuencias derivadas de la nueva valoración de la prueba, hasta el punto de que si no hubiera mediado esa modificación podría reprocharse a la Sen-

tencia la falta de engarce razonable del discurso que liga la actividad probatoria, el resultado fáctico y la consecuencia punitiva, con eventual quebranto del derecho a la presunción de inocencia (por todas, SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 9; y 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

b) También alega el Ministerio público falta de agotamiento de la vía judicial previa determinante de la inadmisión (arts. 44.1.a y 50.1.a LOTC) por el hecho de no haber mencionado los recurrentes en ningún momento del proceso la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) que ahora invocan en sede de amparo constitucional, producida a su entender al haberseles condenado como autores de una conducta despenalizada a consecuencia de la entrada en vigor del Código penal de 1995, que en efecto destipificó la falsedad documental consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» cuando es cometida por un particular (art. 303 en relación con el 302.4 del Código penal derogado, que son las normas que el Tribunal aplica).

Cabe antes que nada apuntar que, de ser efectivamente relevante, tal omisión procesal de parte no sería encuadrable en el apartado a), sino más bien en el apartado c) del art. 44.1 LOTC, puesto que el absoluto silencio de los acusados acerca de la supuesta vulneración ahora alegada no revela una mera falta de utilización diligente, en el plano procesal-instrumental, de los medios impugnatorios idóneos y útiles para la reparación de tal vulneración por los órganos judiciales, preservando así la subsidiariedad del amparo (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 93/2002, de 22 de abril, FJ 3), sino, más allá, la inexistencia misma de invocación formal del derecho presuntamente lesionado tan pronto como hubo ocasión para ello una vez conocida dicha lesión, lo que supone que los órganos judiciales no hayan tenido en ningún caso, al menos a instancia de los recurrentes, la oportunidad de pronunciarse sobre tal eventual vulneración (por todas, SSTC 133/2002, de 3 de junio, FJ 3, o 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2).

Pero, hecha esta precisión, es necesario observar que el art. 44.1 LOTC circunscribe el recurso de amparo únicamente a violaciones de derechos y libertades «que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (AATC 339/1997, de 13 de octubre, FJ 2; 46/2002, de 16 de febrero, FJ 2). En el presente caso la omisión en la primera instancia del trámite de audiencia al reo para la determinación de la pena más favorable, expresamente contemplado en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, con ser imputable tanto al órgano judicial, que debió llevarla a cabo de oficio, como a las defensas, que no la instaron, no determinó sin embargo ninguna lesión efectiva de derechos fundamentales, y en concreto del invocado (quebrantamiento del principio de legalidad penal), puesto que el fallo fue absolutorio, de modo que no se aplicó ninguna norma penal con efecto sancionador que pudiera estimarse constitucionalmente prohibido. Sólo cuando, ya en grado de apelación, dicha omisión fue seguida de una Sentencia condenatoria, surgió la posibilidad misma de vulneración del art. 25.1 CE, que —si es que en efecto tuvo lugar— no se produjo por haber omitido de nuevo la Sala el trámite de audiencia, mera irregularidad procesal que en principio no predeterminaba el contenido de la posterior resolución judicial, sino que en su caso derivaría de manera «directa e inmediata» de la Sentencia condenatoria misma, en la que realmente se materializa la decisión judicial supuestamente atentatoria contra la legalidad penal vigente. Pues bien, frente a esta resolución, dictada en segunda y última instancia, no tuvieron ya los acusados más ocasión de invocar la supuesta vulneración de su derecho fundamental que

este recurso de amparo. Otra conclusión, y más aún si se articula, como sugiere el Ministerio público, desde la óptica de la falta de agotamiento de los recursos judiciales, conduciría a la contradictoria exigencia de invocar la lesión de un derecho antes de que se produzca, recurriendo además contra una resolución que materialmente no lo ha vulnerado. No ha lugar, por tanto, a la inadmisión previa de este motivo de amparo.

5. Salvados así los escollos procesales, procede entrar en el análisis de fondo de las quejas formuladas por los recurrentes, atendiendo en primer lugar, por el orden en que las exponen, a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

Sostienen los demandantes que la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz quebrantó esa regla de igualdad al apartarse sin motivación explícita alguna de su propia doctrina, que pretenden acreditar a partir del análisis de un importante número de resoluciones dictadas por el mismo órgano resolviendo otros recursos de apelación contra Sentencias del Juzgado de lo Penal.

Tiene dicho este Tribunal que para apreciar la vulneración del derecho invocado será necesario que, tras partir de una identidad fáctica absoluta entre dos supuestos, el mismo órgano jurisdiccional dicte resoluciones contradictorias sin justificar el cambio de criterio y sin que éste pueda deducirse del contexto de la resolución impugnada (por todas, STC 285/1994, de 27 de octubre de 1994, FJ 2). Ello exige la acreditación de un *tertium comparationis* que permita la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 4/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 132/2001, de 7 de junio, FJ 2; y 238/2001, de 18 de diciembre, FJ 4, por todas).

De entrada esta definición pone de manifiesto, como con acierto apunta el Ministerio Fiscal y se deduce, entre otras, de la STC 106/2003, de 2 de junio, FJ 2, que la falta de motivación justificativa del supuesto doctrinal carece en realidad de autonomía como motivo de amparo separable, por lo que ha de rechazarse la queja que, tras haber invocado el art. 14 CE, formula don Francisco José García Franco aduciendo además la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del deber judicial de motivar las resoluciones, y en especial éstas que comportan un giro doctrinal. La exigencia de justificación explícita y suficiente del cambio de criterio judicial obedece al objeto de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia generadoras de un trato desigual (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 75/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 193/2001, de 14 de febrero, FJ 3), y por tanto afecta directamente al invocado derecho a la igualdad, siendo en consecuencia éste el lugar en que procede su examen.

Aparte de esta precisión cabe observar, en cuanto al fondo, que el análisis ofrecido por los recurrentes, en orden a la acreditación de un término idóneo de comparación, no es hábil para tal fin. Y no tanto porque, como sostiene el Ministerio público, la valoración de la prueba tenga un sustento fáctico que en cada caso es diferente haciendo objetivamente imposible, dada su potencial casuística, cualquier comparación, sino precisamente porque tal comparación —que sin duda sí es posible cuando se trata precisamente de dos supuestos iguales— no existe ni se intenta siquiera en el presente caso. En efecto, los recurrentes se limitan a sostener que el Tribunal les infligió un tratamiento desigual por

el mero hecho de no aplicar, como ellos la interpretan, una determinada regla de actuación enunciada en similares términos en las numerosas resoluciones que aportan y examinan, en las que sistemáticamente no se revisó la valoración de la prueba que había hecho el Juez *a quo* sosteniendo que tal revisión sólo procede en caso de que éste último hubiera incurrido en «error manifiesto» o cuando su valoración resulte ilógica o irrazonable. Pero en ningún momento señalan los demandantes —ni se desprende de modo evidente de los documentos que aportan— puntos de posible comparación directa entre los supuestos fácticos concretos de cada uno de esos casos, y más concretamente de aquéllos en que la Sala sí llevó a cabo esa revisión que permitan comprobar cuál era la efectiva aplicación, en condiciones y ante supuestos verdaderamente comparables a los que concurren en el presente caso, de la referida doctrina judicial. No se aportan datos que evidencien analogía o dicotomía entre los hechos susceptibles de prueba en uno u otro caso, los medios probatorios que en cada uno de ellos se practicaron, la valoración que hizo el Juez de instancia, la que luego realizó la Audiencia, o los modos en que ésta manifestó y argumentó esa discrepancia valorativa. Tan sólo se toma en consideración un elemento común, sin verdadero valor de comparación, como es el de que, en aquellos casos en que la valoración del Juzgador *a quo* no había sido manifiestamente errónea o irrazonable a juicio de la Sala, ésta consideraba que no procedía revisar tal valoración; pero no se acredita en qué tipo de supuestos o frente a qué clase de razonamientos o falta de ellos el Tribunal entendía que en efecto se daba ese error o defecto de irrazonabilidad, que hubiera sido el único término de comparación verdaderamente útil en este caso.

Esa inidoneidad e insuficiencia comparativa abre paso, a falta de otros datos, a una conclusión bien diferente acerca de cómo deba entenderse a la luz de su propia doctrina el modo en que la Sala de apelación tilda la valoración probatoria realizada por el Juez de lo Penal de Jerez de la Frontera de «errónea y en cierta medida ilógica» y acto seguido rechaza frontalmente, refuta y desarticula uno por uno los ocho extensos argumentos que aquél había desarrollado en su Sentencia. Esa aseveración, y sobre todo su contexto, evidencian de manera palmaria que el Tribunal *ad quem* no hace otra cosa que aplicar precisamente aquella doctrina, aunque lo haga —con actitud que por otra parte no es de extrañar en un órgano superior que corrige el criterio del inferior— con mayor contundencia en los actos que en el lenguaje, pese a lo cual queda ciertamente poco lugar para la duda acerca del parecer de la Sala sobre la Sentencia que revoca.

Tal relativa mesura expresiva da quizá pie a que los recurrentes abonen su tesis con la distancia semántica que separa el «error manifiesto» o la valoración «irrazonable o ilógica» de la aparentemente más suave calificación de «errónea y en cierta medida ilógica» que la Audiencia asigna a la resolución del Juez *a quo*. Pero este Tribunal, a la hora de apreciar el posible trato desigual que se denuncia, debe naturalmente trascender el mero nivel lingüístico y, examinando la verdadera naturaleza e intensidad de la censura operada por la Sala de apelación, no puede sino llegar a la expuesta conclusión de que el motivo por el que aquélla revocó la Sentencia absolutoria de instancia del modo en que lo hizo fue precisamente la íntegra desautorización, implícita y explícita, de la valoración de la prueba realizada por el Juez de lo Penal, sin duda alguna por estimarla absolutamente equivocada y carente de lógica, y por tanto susceptible según su propia doctrina reiteradamente enunciada en resoluciones anteriores, de ser rectificadas en segunda instancia. No existe, por tanto, la vul-

neración denunciada del principio de igualdad ante la ley que establece el artículo 14 CE.

6. Alegan ambos recurrentes la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y, simultáneamente, la de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que habría tenido lugar por el hecho de basar la Sala de apelación su fallo condenatorio en la valoración de pruebas que no fueron practicadas ante ella con las garantías de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción exigibles, llegando incluso a sustentar la fundamentación de la condena en datos obtenidos de las diligencias sumariales, no introducidos oportunamente en el plenario. El recurso de don Francisco José García Franco invoca además, por ese mismo motivo, el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Finalmente, en el posterior trámite de alegaciones, ambos agregan a la fundamentación de sus pretensiones la doctrina desarrollada por este Tribunal a partir de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre.

El Ministerio Fiscal apoya la pretensión sobre esta última base argumental, precisando que el conjunto de las alegaciones relacionadas con la cuestionada valoración de la prueba en fase de apelación debe ser reconducido a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Así concebido, el motivo ha de ser estimado. En efecto, la Sentencia 167/2002, que invocan los demandantes, revisó en sus fundamentos jurídicos 9, 10 y 11 la doctrina de este Tribunal relativa a la proyección de los principios de inmediación y contradicción sobre la segunda instancia en el proceso penal, en aquellos casos en que la Sentencia absolutoria dictada en la instancia es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria. Tras examinar la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso *Ekbatani contra Suecia*, §§ 24 y 27—; 29 de octubre de 1991 —caso *Helmers contra Suecia*, §§ 31 y 32—; 8 de febrero de 2000 —caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*—; 27 de junio de 2000 —caso *Constantinescu contra Rumanía*, § 53—; y 25 de julio de 2000 —caso *Tierce y otros contra San Marino*—) el Pleno del Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que «si bien no cabe afirmar que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre ... el derecho a una audiencia pública en segunda instancia ... sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas».

Y en aplicación de esas conclusiones doctrinales al problema constitucional planteado, que era el mismo que en el presente caso se suscita (la relación entre la exigencia de inmediación y contradicción como contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado de la Ley de enjuiciamiento criminal), sostenía dicho Pleno que, dada la configuración del recurso de apelación en nuestro sistema procesal penal, en aquellos supuestos en que la Audiencia ha

de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del reo «dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones [de acusados y testigos] la condena o absolución», «es evidente, que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación».

7. Conviene insistir, no obstante, en que esta doctrina, hoy consolidada en numerosas resoluciones posteriores (por todas, SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15; y entre las más recientes, 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; y 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4) sitúa el análisis del problema en el marco del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y «sólo de forma derivada en el derecho la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas en que se sustenta la condena no se hayan practicado con la citada garantía» (STC 170/2002), lo que se traduce en que la vulneración de referido derecho al proceso con todas las garantías «sólo determinaría también la del derecho presunción de inocencia (art. 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentase la condena ... Sin embargo, en aquellos casos en que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal *ad quem*, existen otras válidamente practicadas, hemos declarado que no procede nuestro enjuiciamiento acerca de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (al que son reconducibles las restantes alegaciones de la demanda de amparo), porque a este Tribunal no le corresponde la valoración de si la prueba que pueda considerarse constitucionalmente legítima es suficiente o no para sustentar la declaración de culpabilidad y la condena de los recurrentes. Lo procedente es ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictar la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que sea el órgano judicial competente quien decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o, por el contrario, decide revisarla (SSTC 200/2002, de 28 de octubre, FJ 7; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 9; 189/2003 de 27 de octubre, FJ 6)».

8. La queja de los demandantes halla sin duda encaje en la doctrina expuesta: la Audiencia Provincial de Cádiz los condenó en segunda instancia, tras ser absueltos en la primera, a través de una exhaustiva apreciación y valoración, extensamente explicitada por la Sala en su Sentencia, de las declaraciones de los propios acusados, que no obstante habían sido sustancialmente exculpatorias, así como de las del querellante y de otros testigos, ninguna de las cuales tuvo lugar ante dicho órgano judicial con las garantías de inmediación y contradicción constitucionalmente exigibles al amparo del artículo 24.2 CE. En la medida en que dicha Sala obtuvo por tanto su convicción condenatoria, como inequívocamente se desprende de los pasajes de su resolución que hemos reflejado en el antecedente de hecho 2.d, a partir de la reinterpretación del contenido y el sentido de algunas de esas manifestaciones, de la valoración de otras que no habían sido tomadas en consideración por el Juez de instancia, y, en fin, de un juicio de credibilidad sobre quienes realizaron unas y otras no coincidente con el de dicho Juzgador *a quo*, la ausencia de las expresadas garantías de inmediación y contradicción en el proceso de obtención de la información empleada para sustentar el fallo comporta inexorablemente la lesión del derecho fundamental invocado.

Deviene por ello, además, irrelevante —y por tanto inútil su estudio— la cuestión planteada *a fortiori* por los recurrentes de que algunas de esas declaraciones incluso hubieran sido prestadas fuera del juicio, cuando ni siquiera debidamente introducidas en el plenario ante el Juez *a quo* serían aptas, en las circunstancias descritas, para fundamentar el fallo condenatorio en grado de apelación sin quebranto de las mentadas garantías constitucionales.

9. Ahora bien, la infracción constitucional detectada no implica por sí misma, en la línea de la doctrina establecida por las SSTC 200/2002, 230/2002 y 189/2003 antes reseñadas, una constatación automática de que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia de los demandantes. Como se dijo y ellos mismos reconocen, la Sentencia de apelación argumentaba la conclusión condenatoria no sólo sobre la base de las declaraciones de testigos y acusados llevadas a cabo en juicio o fuera de él, sino también mediante diversas alusiones a la prueba documental e incluso a través de apreciaciones diferentes acerca de la trascendencia jurídica de determinados hechos que se aceptaban tal y como el Juez *a quo* los había estimado probados. En tales circunstancias, no corresponde a este Tribunal, conforme a la doctrina expuesta, determinar cómo pueden valorarse las pruebas que puedan considerarse constitucionalmente legítimas. Tal valoración es tarea que compete al órgano judicial, y por ello la constatada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías no habrá de tener otro efecto que el de anular y retrotraer las actuaciones, como se explicó, al momento inmediatamente anterior a dictarse la Sentencia de segunda instancia.

10. La estimación del amparo por las razones indicadas en los anteriores fundamentos jurídicos hace en realidad inoperante —y por tanto innecesaria— una solución específica en esta sede constitucional a los restantes motivos que ambos demandantes plantean, relativos a la infracción del principio de doble instancia, y a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) consistente en haber sido condenados por una conducta falsaria destipificada.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Antonio y don Francisco José García Franco y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)

2.º Restablecer a los recurrentes en su derecho, y, a tal fin, anular la Sentencia de fecha 11 de julio de 2001 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia anulada a fin de que el Tribunal dicte otra en la que se respete el derecho fundamental lesionado.

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

Madrid, a cuatro de marzo de dos mil cuatro.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.