

ración de responsabilidad penal propia de un enjuiciamiento sobre el fondo.

En definitiva, los mismos Magistrados que formaban parte del órgano de enjuiciamiento ya se habían pronunciado previamente, en el Auto por el que se dejó sin efecto el archivo de la causa, sobre el carácter doloso de la conducta de los entonces imputados, exteriorizando, aun cuando solamente sobre hechos indiciarios, la concurrencia de uno de los presupuestos de su responsabilidad penal, por lo que, al anticipar la conclusión sobre una cuestión esencial que debía ser objeto del posterior enjuiciamiento, resultan objetivamente justificadas las dudas de los recurrentes sobre la imparcialidad con la que dichos Magistrados podrían afrontar dicha labor. Por tanto se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en el concreto contenido de derecho a la imparcialidad judicial.

8. Una vez declarada esta vulneración, y teniendo en cuenta el necesario efecto de retroacción que se exige para su reestablecimiento, debe detenerse aquí nuestro análisis del resto de las alegaciones de los recurrentes.

La estimación del amparo en este concreto aspecto exige, de acuerdo con lo previsto en el art. 55.1 a) LOTC, la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales que han impedido el pleno ejercicio de este derecho, por lo que debe hacerse extensiva, no sólo a la Sentencia condenatoria y a la posterior Sentencia de casación, sino también al previo Auto de la Sala del art. 77 LOPJ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 1998, por el que se desestimó la recusación de los Magistrados de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid para el enjuiciamiento de la causa, ya que ésta fue la resolución que, poniendo fin al incidente previsto legalmente como un remedio procesal útil en protección de este derecho, no evitó su lesión.

En todo caso el restablecimiento de los recurrentes en la integridad de su derecho no exige que la anulación del Auto resolutorio del incidente de recusación conlleve la retroacción de actuaciones a aquel momento procesal, sino que resulta suficiente con acordar la retroacción de actuaciones al momento del juicio oral, a fin de que se lleve a cabo el enjuiciamiento de la causa por un Tribunal cuyos integrantes no tengan comprometida su imparcialidad.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar parcialmente las presentes demandas de amparo de don Juan Miguel Nieto Rodríguez, don Francisco Vallejo León, doña Visitación Reyes Patino Galán, don José María Vida Molina, don Julio López Borrero, don Emilio Alonso Manglano y don Juan Alberto Perote Pellón y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías en su concreto contenido de derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerles en su derecho y, a tal fin, anular el Auto de la Sala del art. 77 LOPJ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 1998, recaído en el incidente de recusación 3/98, la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 1999, recaída en el rollo núm. 341/97, y la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001, recaída en el recurso de casación núm. 3583/99, retro trayendo

las actuaciones al momento del juicio oral para que la causa sea enjuiciada por un Tribunal cuyos integrantes no tengan comprometida su imparcialidad.

3.º Desestimar los recursos de amparo en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintidós 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.

7366 *Sala Segunda. Sentencia 40/2004, de 22 de marzo de 2004. Recursos de amparo 4985-2001 y 5032-2001 (acumulados). Promovidos por don Álvaro Yves Hachuel Collet y don Jacques Hachuel Moreno frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que les condenó por un delito de alzamiento de bienes.*

Supuesta vulneración del derecho a ser informado de la acusación, y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: modificación del escrito de calificaciones definitivas que no es esencial; 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 núms. 4985-2001 y 5032-2001, promovidos, el primero, por don Álvaro Yves Hachuel Collet, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez González y asistido por el Abogado don Francisco Hernando Sánchez y, el segundo, por don Jacques Hachuel Moreno, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil y asistido por el Abogado don Luis Rodríguez Ramos, contra Sentencia de 25 de junio de 2001, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que se les condena, respectivamente, como autor y cooperador necesario de un delito de alzamiento de bienes, y contra el Auto de 25 de julio de 2001, que aclara un error observado en dicha Sentencia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte don Rafael García Arteaga, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Estrugo Muñoz y asistido por el Letrado don Jesús Jiménez Rico. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 24 de septiembre de 2001, la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez Gon-

zález, en nombre y representación de don Álvaro Yves Hachuel Collet, interpuso recurso de amparo, registrado con el núm. 4985-2001, contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento de esta Sentencia.

El día 26 de septiembre de 2001 la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil, en representación de don Jacques Hachuel Moreno, interpuso recurso de amparo, registrado con el núm. 5032-2001, contra esas mismas resoluciones.

2. Los hechos en los que tienen su origen ambos recursos, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) En virtud de querrela interpuesta por el Banesto, S.A., contra don Jacques Hachuel Moreno, por presunto delito de alzamiento de bienes, se incoaron ante el Juzgado de Instrucción núm. 30 de Madrid las diligencias previas 1003/96, en las que también resultaron imputados don Álvaro Yves Hachuel Collet y don Rafael García Arteaga. Los hechos que servían de base a la imputación penal consistían en la desaparición de una serie de cuadros y obras de arte del patrimonio de la sociedad Variations International, S.A., cuyas acciones garantizaban un préstamo, por importe de 7.500.000.000 de pesetas, concedido por Banesto en febrero de 1992 a Portic, S.A., sociedad matriz del Grupo Hachuel y titular del 100 por 100 del capital de Variations International, S.A. Las citadas obras fueron transmitidas a sociedades instrumentales vinculadas al Grupo Hachuel, de modo que, al incumplir Portic, S.A., lo pactado y procederse a la ejecución de la garantía pignoratícia, la sociedad había sido vaciada de contenido patrimonial, lo que hacía imposible su ejecución.

b) Todos los acusados fueron absueltos en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid, en Sentencia de 4 de mayo de 2001, por considerar que, de la prueba practicada (testimonio de los acusados, testifical de don Mario Conde y documental) no había quedado acreditada la concurrencia de todos los elementos de delito del art. 519 CP 1973, especialmente la existencia del crédito real y exigible.

En el fundamento jurídico segundo de la Sentencia, la Juzgadora de instancia fundamentaba la no inclusión entre los hechos probados de una operación, reflejada en escritura pública de 31 de julio de 1995, en virtud de la cual Variations vendía a Portic la totalidad de las acciones de Martolinas, S.A., dato introducido por el Ministerio Fiscal en el momento de modificar sus conclusiones provisionales y elevarlas a definitivas, por entender que se trataba de un hecho nuevo, que no constaba en los escritos de acusación y que apenas había sido objeto de debate en el acto del juicio, respecto del cual la defensa no había tenido la posibilidad de proponer prueba y cuya introducción podría vulnerar el derecho de defensa de los acusados.

En el fundamento jurídico tercero se analizan los elementos del delito de alzamiento de bienes, afirmando que el problema fundamental que se plantea en el presente procedimiento consiste en la acreditación de la existencia real del crédito. La acusación entiende acreditada la existencia de un crédito de 7.500 millones de pesetas, concedido por Banesto a Portic, S.A., tal y como se refleja en la escritura pública de 14 de febrero de 1992. Por el contrario, los acusados, y en especial el Sr. Hachuel Moreno, manifiestan que dicha escritura no responde a un negocio real, sino simulado, para «vestir» el balance financiero del Banco ante la Inspección del Banco de España con la concesión de garantías hipotecarias y pignoratícias que nunca serían ejecutadas, y que encubría una operación de adquisición de acciones de Banesto por el Sr. Hachuel Moreno, aunque por cuenta y nombre del propio Banco.

Respecto de la prueba documental la Juez afirma que «el hecho de que la concesión del crédito por Banesto a Portic S.A. se refleje en escritura pública no supone, necesariamente, que tal contrato sea un negocio cierto y no simulado», analizando a continuación ciertos detalles, puestos de relieve por los acusados y el testigo don Mario Conde Conde, que entiende reveladores de que el negocio no era real, sino simulado (que no esté acreditado que se incorporaran los títulos valores definitivos; que Banesto no comprobara la existencia de los bienes de Variations al otorgar la escritura; que conste en la escritura la apertura de la cuenta 135.081.173 a efectos de la concesión del crédito, cuando dicha cuenta ya estaba abierta al menos desde 1989, sin que se haya explicado por qué esa cuenta tenía un saldo deudor en ese momento de más de 6.700 millones y existía otra cuenta a nombre de Portic cuyo saldo era acreedor por importe de 6.801.878 pesetas en 12 de febrero de 1992 y de 504.352.438 pesetas del 17 de febrero de 1992; que no se ha acreditado que las disposiciones que en la misma se reflejan hayan sido ordenadas, ni autorizadas por ningún apoderado de Portic, S.A.), de todo lo cual concluye que no puede darse por probado el saldo deudor final por el que comienzan a ejecutarse las garantías.

A ello añade que la defensa de los acusados ofrece una explicación respecto de la concesión del crédito, avalada por las declaraciones del testigo don Mario Conde Conde y que, si bien no está documentada, puesto que la operación de autocartera que encubría la habría prohibido el Banco de España, sí existen una serie de indicios, en un informe de la Inspección del Banco de España, que apoyan tal versión. Por lo que concluye que la realidad de la deuda no resulta acreditada.

c) Contra la anterior resolución interponen recurso de apelación tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular. Los recursos fueron estimados por la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid recurrida en amparo, que modifica los hechos probados de la de instancia y condena al acusado Jacques Hachuel Moreno como autor y a los acusados Rafael García Arteaga y Álvaro Yves Hachuel Collet como cooperadores necesarios de un delito de alzamiento de bienes, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias legales y costas de la primera instancia por terceras partes.

Dicha Sentencia considera probado que el 14 de febrero de 1992, el acusado Jacques Hachuel Moreno, en su condición de administrador de la empresa Portic S.A., suscribió con el Banco Español de Crédito un contrato de apertura de crédito por importe de 7.500.000.000 de pesetas, a cuyo fin se abrió la cuenta de interés variable núm. 135.081.173, operación garantizada en la propia escritura mediante la constitución de una hipoteca sobre varios inmuebles, así como por la constitución de un prenda sobre las acciones de Banesto de las que era titular J. Capital, S.A., y sobre las acciones de Variations International, S.A., de las que era titular Portic, S.A., a cuyo fin se obligaba a aquella sociedad a mantener un volumen de activos no inferior a 2.300.000.000 de pesetas, constituido básicamente por la amplia pinacoteca y colección de obras de arte, cuya relación se hacía constar en un anexo a la escritura. Portic, S.A., no cumplió lo pactado, por lo que Banesto le notificó el 29 de noviembre de 1993, por vía notarial, el vencimiento anticipado del crédito, liquidándose un saldo deudor en la cuenta núm. 135.081.173 de 8.940.173.120 pesetas. El requerimiento fue desatendido por Portic, por lo que se ejecutaron las garantías hipotecarias y pignoratícia sobre las acciones de Variations. Dado que se estaba procediendo a ejecutar el crédito, el acusado Jacques Hachuel decidió impedir la refe-

rida ejecución sobre la pinacoteca y se puso de acuerdo con el también acusado Rafael García Arteaga, que desempeñaba el cargo de administrador de Portic y estaba vinculado a otras sociedades instrumentales del grupo Hachuel (Martolinas, S.A., Letimar y Variations International, S.A.), a fin de proceder a ocultar los bienes y hacer inviable la ejecución, para lo cual procedió a la entrega y venta de las obras de arte propiedad de Variations a las indicadas sociedades instrumentales, disminuyendo considerablemente los activos patrimoniales a efectos de frustrar la ejecución de los legítimos acreedores. En tales hechos también participó el acusado Álvaro Yves Hachuel Collet, actuando en calidad de apoderado de las sociedades instrumentales Palmira Overseas, Inc., e Invisan Establishment. A continuación se detallan las operaciones realizadas, documentadas en escrituras públicas de fechas 29 de julio de 1994, 26 de octubre de 1994 y 11 de noviembre de 1994, a través de las cuales se logró sustraer del activo patrimonial ejecutable, mediante una serie de «daciones en pago», obras de arte valoradas en 2.318.249.901 pesetas, que no pudieron ser objeto de ejecución, cumpliéndose así el propósito de los acusados de reducir los activos patrimoniales que debían quedar afectos a responder del saldo deudor del crédito inicialmente contraído por Banesto. Y, finalmente, se añade que las referidas daciones en pago «tenían como finalidad la permuta de la entidad Martolinas, también del grupo Hachuel, de la que era titular al 100% Invisan Establishment y Palmira Overseas. Estas empresas recibieron en pago las obras de arte y posteriormente Variations vendió a Portic la entidad Martolinas, con lo que, quedando ésta vacía de contenido patrimonial, se frustraron las posibilidades de ejecutar las garantías pignoratias».

d) En la fundamentación jurídica de esta Sentencia, en primer lugar (FJ primero), se rechazan las razones esgrimidas por la Juez de instancia, respecto de la introducción por el Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones, de unos hechos no recogidos en su escrito de acusación, concretamente de la frase: «Posteriormente, Variations vende a Portic la entidad Martolinas S.A., quedando así vacía de contenido patrimonial y haciendo imposible la ejecución pignoraticia». Afirma la Audiencia que la inclusión por el Fiscal de dicho párrafo en el escrito de conclusiones definitivas no ha significado modificación de la petición de penas, ni de la calificación jurídica, que la operación aparece durante todo el procedimiento y que los acusados Hachuel y Arteaga fueron interrogados en el acto del juicio oral sobre la misma por parte de la acusación particular, por lo que no puede hablarse de indefensión ni de infracción de precepto legal alguno, especialmente cuando ninguna de las partes formuló protesta formal sobre la introducción de hechos referenciada.

En segundo lugar (FJ 2), considera que se ha producido un error en la valoración de la prueba y declara probada la existencia de un crédito real y exigible, lo que constituye el verdadero objeto de debate. Afirma la Sentencia que si se estima real y exigible la operación original (el crédito de 7.500 millones de pesetas concedido por el Banco Español de Crédito a Portic, S.A., garantizado por hipotecas y garantías pignoratias y por un compromiso de mantenimiento del volumen neto de la sociedad Variations International, S.A., que no se cumplió con posterioridad), nos encontramos ante unos hechos en los que concurren todos los elementos del delito de alzamiento de bienes, ya que la actividad del deudor habría imposibilitado la satisfacción del acreedor. Ciertamente, ello no sería así si, como afirman los querrelados, la concesión del préstamo y la constitución de garantías del mismo no eran reales, sino que se trataba de contratos fiduciarios y simulados.

Así centrado en debate, sostiene la Audiencia que ni la naturaleza ficticia del crédito, ni otros extremos de la versión de los querrelados han quedado suficientemente acreditados «y por ello no pueden, en consecuencia, estimarse bastantes para desvirtuar la versión mantenida por las acusaciones sustentada por la incontrovertible prueba documental obrante en las diligencias y las cuestiones que surgen en torno a estos puntos. Así es: la existencia del crédito y realidad del mismo se encuentra probada por los datos que resume la acusación particular (Banesto) en su escrito de recurso: a saber: 1) escritura pública de crédito de Banesto a Portic. 2) requerimiento de los administradores de Banesto (cuando aún Mario Conde presidía tal entidad) a fin de declarar al acusado J. Hachuel vencido el crédito concedido a Portic en el fecha señalada en el apartado primero, notificando un saldo deudor de 8.940.173.120 pesetas... 3) Ejecuciones y adjudicaciones judiciales de las garantías del crédito de 14 de febrero del 92».

Constatada la realidad del crédito, que «es patente por su plasmación documental», se afirma a continuación también la exigibilidad de la deuda, «porque el pacto de fiducia a que se refieren los querrelados y en el que tratan de fundamentar su exculpación no ha sido en absoluto acreditado frente a la incontrovertible documental en que el crédito se instrumenta, y así es porque no existe documento alguno, ni siquiera de carácter privado que pruebe la existencia de la citada fiducia». Esta inexistencia de constancia documental en una operación de tal envergadura, unida a otra serie de consideraciones, como que sea el equipo de Mario Conde, con quien presuntamente se había pactado la fiducia, quien comienza a ejecutar las garantías o la inexistencia de contrapartida alguna, llevan a la Audiencia a afirmar que no pueden prosperar las alegaciones exculpatorias de los acusados, ni los argumentos que, aceptando las mismas, se consignan en la Sentencia de instancia, que analiza y rechaza.

Entre otras consideraciones, se hace referencia a la valoración del testimonio del expresidente de Banesto Mario Conde, afirmando que «el referido testimonio no puede prosperar frente a la tan citada prueba documental porque el mismo no fue desde luego excesivamente concluyente, pues si bien el testigo sí explicó que se plantearon la necesidad de que Hachuel comprara las acciones, llegando con él al acuerdo del crédito, no supo explicar satisfactoriamente —lo cual no tiene mucho sentido si tal operación era ficticia y basada en confianzas mutuas— el motivo por el que se otorgaron las garantías pignoratias adicionales. La declaración de este testigo también presenta cierta contradicción, ya que si bien sostuvo que el fin del crédito era el que pretendían demostrar los acusados, resulta desde luego chocante que fuera precisamente su equipo quien iniciara la ejecución y, a mayor abundamiento, para no poder considerar relevantes sus afirmaciones, por otro lado vagas y confusas, pues manifestó desconocer muchos de los aspectos del asunto que nos ocupa; a pesar de su indudable trascendencia económica se pretende hacer ver que la operación se basaba en la confianza del acusado J. Hachuel en Mario Conde y éste lo que sí dejó claro en el acto del juicio es que sólo conocía al acusado de oídas. Desde luego no parece que tal relación pudiera justificar un riesgo tan evidente para Hachuel sin que por otro lado recibiera, como ya se ha visto, nada a cambio y ello aunque tratara de justificar posteriormente su conducta mediante una querrela contra Mario Conde ante la Audiencia Nacional, que fue archivada por no revestir los hechos a los que se refiere caracteres de delito».

Y constatada la existencia de un crédito real y exigible, se afirma que concurren los otros elementos del delito: tanto la actividad que sustraiga los bienes del destino

solutorio a que se encuentran afectos («es evidente que concurre este elemento en el caso presente y así se desprende de la extensa documental obrante en las actuaciones y que se resume en las daciones en pago de las obras de arte que constituían el activo de Variations International a Palmira Overseas e Invisan, empresas también del grupo Hachuel, daciones que supusieron el vaciamiento de la sociedad y consiguiente imposibilidad de ejecución de las prendas»), como la situación de insolvencia del deudor («porque las obras de arte desaparecieron de los activos de Variations, se ha imposibilitado la ejecución y el saldo deudor del crédito no ha sido satisfecho, al carecer la citada sociedad de activos para responder del pago del mismo») y la intención de perjudicar del acusado («ello se pone de manifiesto por la propia mecánica de los hechos, que evidencian un claro ánimo defraudatorio, ya que se han producido una serie de operaciones cruzadas entre sociedades del mismo grupo, algunas de ellas se encuentran domiciliadas en paraísos fiscales —Palmira en Panamá e Invisan en Liechtenstein— y precisamente las daciones en pago se produjeron inmediatamente después de vencido el crédito e iniciada su ejecución»).

e) Con fecha 25 de julio de 2001, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid dicta un Auto de aclaración, corrigiendo errores relativos a los nombres de los condenados.

3. La demanda de amparo del recurso núm. 4985-2001, interpuesto por don Álvaro Yves Hachuel Collet, invoca la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Sostiene el recurrente, en primer lugar, que uno de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal es el de ser informado de los concretos hechos en que se sustenta la acusación formulada contra él, derecho que habría sido vulnerado con la introducción por el Fiscal de un hecho nuevo en su escrito de conclusiones definitivas (consistente en que Variations International, S.A., devino insolvente al transmitir los activos que había recibido a cambio de las obras de arte, como refleja la escritura pública de 31 de julio de 1995) generando un resultado material de indefensión, pues el acusado no tuvo perfecto conocimiento de todos los hechos de los que se le acusaba, ni la posibilidad de argumentar o probar nada en relación con un hecho que finalmente se considera probado y sirve de base a la condena. En segundo lugar, bajo la invocación de los arts. 24.1 y 24.2 CE y art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, se denuncia la vulneración del derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta puedan ser revisados por un Tribunal superior, pues en supuestos como el presente, en el que la condena se produce en fase de recurso, el sistema legal español no prevé recurso alguno que permita tal revisión. Cita el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el caso *Gómez Vázquez*.

En virtud de lo expuesto, se solicita la declaración de nulidad de la Sentencia recurrida, y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia, a fin de que se excluya cualquier consideración sobre los hechos no incluidos en los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones.

4. Por su parte, la demanda de amparo del recurso núm. 5032-2001, interpuesta por don Jacques Hachuel Moreno, invoca también la vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), en conexión con los principios acusatorio, de contradicción y defensa y con el derecho a un proceso con todas las garantías, al haberse admitido en fase de apelación como hecho probado un hecho nuevo introducido sorpresivamente por el Minis-

terio Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas, que no pudo ser objeto de debate y prueba en el juicio oral.

Junto a esta vulneración, se denuncia también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), manifestando que no existe prueba de cargo que acredite el primer requisito del delito de alzamiento de bienes: la existencia del crédito, respecto del que la Audiencia invierte la carga de la prueba, y que tampoco se ha probado la insolvencia del deudor. Por otra parte, se denuncia la ausencia de intermediación y contradicción en el proceso en segunda instancia en el que se le condena, tras haber sido inicialmente absuelto, valorando el testimonio de don Mario Conde y apreciando contradicciones y omisiones, sin la intermediación necesaria y atendiendo exclusivamente a lo reflejado en el acta del juicio. Lo cual afecta también gravemente al derecho a la doble instancia o al doble examen (arts. 24.1 y 24.2 CE y art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos), al convertirse este derecho del acusado condenado en primera instancia en una doble oportunidad para la acusación. Por todo ello, entiende que la sumisión a un Tribunal superior sólo es exigible respecto de las sentencias condenatorias y que si la Sentencia es absoluta la Audiencia sólo podría corregir errores de derecho o patentes errores de hecho, no realizar un nuevo enjuiciamiento.

Por todo lo cual, solicita el otorgamiento del amparo y la anulación de la Sentencia de 25 de junio de 2001, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia o, subsidiariamente, la retroacción de actuaciones para que se dicte nueva sentencia que no incluya como hecho probado la modificación fáctica introducida por el Ministerio Fiscal al elevar sus conclusiones a definitivas.

5. Por providencia de 19 de diciembre de 2002, la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso núm. 5032-2001 y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a los órganos judiciales para que remitieran testimonio de las actuaciones, interesándose al mismo tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional.

Posteriormente, por providencia de 12 de junio de 2003, la Sala Segunda acordó admitir también a trámite el recurso de amparo núm. 4985-2001 y, constandingo ya en este Tribunal las actuaciones, requerir al Juzgado de Ejecutorias penales núm. 4 de Madrid a fin de que procediera al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de marzo de 2003, comparece y se persona en el recurso de amparo núm. 5032-2001 don Alvaro Yves Hachuel Collet. A través de dos escritos de esa misma fecha, comparecen y se personan también las sociedades Palmira Overseas, Inc., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez González, e Invisan Establishment, representada por el Procurador de los Tribunales don Aníbal Bordallo Huidobro. Tras ser requeridos ambos Procuradores para que presentaran escritura de poder original que acreditase la representación que decían ostentar y no hacerlo, mediante diligencia de ordenación de fecha 5 de mayo de 2003 se les tiene por no personados en nombre de las citadas sociedades mercantiles. En esa misma diligencia, se acordó tener por personada a la Procuradora doña Pilar Pérez González, en nombre y representación de don Alvaro Yves Hachuel Collet y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar alegaciones.

7. El día 6 de junio de 2003 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del demandante de amparo en el recurso núm. 5032-2001, donde tras reproducir brevemente las alegaciones de la demanda de amparo, se recuerda la reciente doctrina sentada por la STC 167/2002 (y reiterada en SSTC 197/2002, 198/2002, 200/2002, 212/2002 y 230/2002), conforme a la cual la Audiencia Provincial habría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías cuando procedió a una nueva valoración de la prueba testifical y de las declaraciones de los acusados sin haberlos visto ni oído, corrigiendo la valoración probatoria llevada a cabo por el Juzgado de lo Penal, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, nueva valoración que fundamenta la condena, por lo que se vulnera también el derecho a la presunción de inocencia.

8. El día 9 de junio de 2003 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal en el recurso núm. 5032-2001, interesando la estimación parcial del amparo solicitado, por entender vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Rechaza, en primer lugar, el Ministerio público la alegada vulneración del derecho de defensa, derivada de la introducción de un hecho nuevo en las conclusiones definitivas del Fiscal, por la falta de relevancia que ese hecho tiene en la Sentencia, ya que una eventual estimación del motivo carecería de efecto práctico alguno. Se destaca que la Sentencia de la Audiencia Provincial no confiere a este hecho la relevancia que se le otorga en la demanda de amparo y que, aun eliminando idealmente de la misma tanto los dos últimos párrafos de los hechos probados (en los que se recoge el párrafo añadido por el Fiscal en sus conclusiones definitivas) como el Fundamento jurídico primero en el que se justifica su inclusión, podría mantenerse el resto, ya que la argumentación acerca de la existencia del delito y de la autoría de los acusados se sustenta en los anteriores hechos probados, conforme a los cuales Variations International, S.A., da en pago las obras de arte que se recogen en las escrituras públicas.

El segundo motivo de amparo, se desglosa en dos: por una parte, la denunciada vulneración de la presunción de inocencia; y por otra, la distinta valoración de la declaración testifical de don Mario Conde Conde llevada a cabo por el Juzgado de lo Penal y por la Audiencia Provincial, que podría infringir el derecho a un proceso con todas las garantías. En cuanto a la presunción de inocencia, se afirma que la Sentencia de la Audiencia Provincial fundamenta la condena en la valoración de la prueba documental, corrigiendo la llevada a cabo por el Juez de instancia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar nuevamente dicha prueba. Ahora bien, con cita de la nueva doctrina sentada por la STC 167/2002 y ratificada por otras posteriores, y especial referencia a la STC 41/2003, entiende el Fiscal que la Audiencia Provincial no ha respetado los principios de inmediación y contradicción, cuando procedió a revisar y corregir la valoración de las declaraciones de los acusados y de los testigos, pues el carácter personal de estos medios de prueba exigía que el Tribunal les hubiese oído personalmente, por lo que ha de declararse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), anularse la Sentencia de 25 de junio de 2001 y ordenar la retroacción de las actuaciones, para que la Audiencia Provincial de Madrid dicte una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental conculcado.

9. Mediante escrito registrado el día 23 de septiembre de 2003, comparece y se persona en el recurso de amparo núm. 4985-2001 don Jacques Hachuel Moreno. En el citado escrito se solicita la acumulación de ese recurso de amparo con el núm. 5032-2001, porque

ambos tienen el mismo objeto, siendo análogos los motivos de amparo, la pretensión deducida y los derechos fundamentales cuya vulneración se alega.

El día 29 de septiembre de 2003, la representación procesal de don Rafael García de Arteaga solicita que se le tenga por personado y parte en el recurso de amparo núm. 4985-2001.

10. Por providencia de 30 de octubre de 2003, la Sala Segunda de este Tribunal acordó tener por personados y partes en el recurso núm. 4985-2001 a don Jacques Hachuel Moreno y a don Rafael García de Arteaga, así como dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, para que pudieran presentar alegaciones en el plazo común de veinte días, conforme a lo previsto 52.1 LOTC. Igualmente se acordó conceder a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83 LOTC, alegasen lo que estimaran pertinente en relación con la posible acumulación de este recurso con el núm. 5032-2001.

11. El día 7 de noviembre de 2003 formuló sus alegaciones el Fiscal, interesando la denegación del amparo solicitado en el recurso núm. 4985-2001.

Rechaza, en primer lugar, el Ministerio público la alegada vulneración del derecho de defensa, derivada de la introducción de un hecho nuevo en las conclusiones definitivas del Fiscal, por la falta de relevancia que ese hecho tiene en la Sentencia, ya que una eventual estimación del motivo carecería de efecto práctico alguno. Se destaca que la Sentencia de la Audiencia Provincial no confiere a este hecho la relevancia que se le otorga en la demanda de amparo y que, aun eliminando idealmente de la misma tanto los dos últimos párrafos de los hechos probados (en los que se recogen el párrafo añadido por el Fiscal en sus conclusiones definitivas) como el fundamento jurídico primero en el que se justifica su inclusión, podría mantenerse el resto, ya que la argumentación acerca de la existencia del delito y de la autoría de los acusados se sustenta en los anteriores hechos probados, conforme a los cuales Variations International, S.A., da en pago las obras de arte que se recogen en las escrituras públicas.

En cuanto al segundo motivo de amparo, con cita la STC 120/1999, FJ 2 y las SSTC allí citadas, se recuerda que el art. 14.5 del Pacto no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que no existe privación del derecho al recurso cuando la condena ha sido pronunciada precisamente por el Tribunal que conocía de la causa en grado de recurso, conclusión reforzada por el art. 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo de derechos humanos, que recoge el derecho plasmado en el art. 14.5 del Pacto, pero introduce como excepción, entre otras, el que el interesado haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución. Por tanto, ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión, máxime teniendo en cuenta la función que desde la perspectiva constitucional corresponde al recurso de amparo en relación con la tutela de los derechos fundamentales concernidos.

Finalmente, el Fiscal estima procedente e interesa la acumulación del recurso núm. 5032-2001 con el presente, ya que en aquél se ha interesado la estimación y en éste la desestimación, por lo que una eventual estimación del recurso interpuesto por don Jacques Hachuel Moreno influiría en la situación de los otros condenados, que lo han sido como cooperadores necesarios y no como autores principales.

12. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 13 de noviembre de 2003, la representación procesal

de don Álvaro Yves Hachuel Collet interesa la acumulación de recursos instada por don Jacques Hachuel Moreno, en los términos solicitados.

Igualmente, las representaciones procesales de don Jacques Hachuel Moreno y de don Rafael García de Arteaga, mediante sendos escritos registrados el día 14 de noviembre de 2003, presentan sus alegaciones en relación con la acumulación de los recursos, interesando la misma, dado que se trata de procesos conexos, lo que justifica la unidad de tramitación y decisión.

13. El día 14 de noviembre de 2003 evacua el trámite previsto en el art. 52.1 LOTC la representación procesal de don Jacques Hachuel Moreno, quien solicita la estimación del recurso núm. 4985-2001 y la declaración de nulidad de la Sentencia de 25 de junio de 2001. En primer lugar, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los principios acusatorio, de contradicción y defensa, y del derecho a un proceso con todas las garantías, ya que, en fase de apelación, la Audiencia admitió como probado un hecho introducido sorpresivamente por el Fiscal en el trámite de calificación definitiva del juicio oral, una «imputación tardía» que se sustrajo del debate y prueba en el acto del juicio, generando indefensión material a todos los acusados, que no pudieron articular correctamente su defensa, sobre todo si se tiene en cuenta que la modificación fáctica significaba para el Ministerio Fiscal y para la Audiencia la consumación del delito de alzamiento de bienes. En segundo lugar, y en relación con el derecho a la doble instancia o doble examen, se cita la doctrina sentada por la STC 167/2002, sosteniendo que, conforme a ella, la Audiencia Provincial vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías cuando procedió a una nueva valoración de la prueba testifical y de las declaraciones de los acusados sin haberlos visto ni oído, corrigiendo la valoración probatoria llevada a cabo por el Juzgado de lo Penal, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, nueva valoración que fundamenta la condena, por lo que se vulnera también el derecho a la presunción de inocencia.

14. Mediante escrito registrado el 20 de noviembre de 2003, presentó sus alegaciones al recurso de amparo núm. 4985-2001 el Procurador de don Rafael García de Arteaga, denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en dos vertientes. En primer lugar, al haberse asentado la condena en hechos nuevos introducidos por el Ministerio Fiscal en el trámite de calificación definitiva, vulnerándose el derecho de defensa, ya que los acusados nada pudieron argumentar, ni proponer prueba alguna respecto de ese hecho nuevo. En segundo lugar, en su vertiente de acceso al recurso al que tiene derecho toda persona declarada culpable de un delito, derecho reconocido en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y, por ende, en nuestra Constitución. Por ello, interesa el otorgamiento del amparo solicitado por don Álvaro Yves Hachuel Collet.

15. El día 26 de noviembre de 2003, la representación procesal de don Álvaro Yves Hachuel Collet presenta sus alegaciones, dando por reproducidas las contenidas en la demanda de amparo del recurso núm. 4985-2001.

16. Con fecha 15 de diciembre de 2003, la Sala Segunda de este Tribunal dicta un Auto en el que se acuerda la acumulación del recurso de amparo núm. 5032-2001, de la Sala Primera, al recurso de amparo núm. 4985-2001, de la Sala Segunda.

17. Por providencia de 18 de marzo de 2004, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Los recursos de amparo acumulados se interponen, ambos, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de junio de 2001, por la que se condena a los demandantes de amparo como autores de un delito de alzamiento de bienes, del que habían sido inicialmente absueltos en primera instancia, por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid, de 4 de mayo de 2001.

Las demandas de amparo denuncian ambas, y en primer lugar, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el principio acusatorio, la garantía de contradicción y el derecho de defensa, como consecuencia de haberse introducido por el Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones definitivas, un hecho nuevo que no pudo ser objeto de debate y prueba en el juicio oral y que, pese a todo, se introduce entre los hechos probados de la Sentencia de apelación y sirve de base a la condena. En segundo lugar, en el recurso núm. 4985-2001 se denuncia una nueva vulneración de esos derechos, en relación con lo consagrado en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, por la inexistencia de doble examen del fallo condenatorio y la pena impuesta, al haber sido condenados en segunda instancia, sin posibilidad de recurso. Y, por último, el recurso núm. 5032-2001, bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), denuncia tanto la inexistencia de actividad probatoria de cargo, en relación con la existencia del crédito y la insolvencia del deudor, como la ausencia de inmediación y contradicción en el proceso en segunda instancia en el que se produce la condena, tras la inicial absolución, convirtiendo el derecho a la segunda instancia del acusado en una doble oportunidad para la acusación.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial del amparo 5033-2001, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en aplicación de la nueva doctrina sentada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, dado que —en su opinión— la Audiencia ha procedido a revisar y corregir la valoración de las declaraciones de los acusados y el testigo sin haberles oído personalmente, como exigía el carácter personal de estos medios de prueba, y la desestimación de los restantes motivos de amparo.

A la vista de la existencia de dos demandas acumuladas, con diversas alegaciones, conviene precisar a continuación cuál ha de ser el orden en que hemos de examinar las quejas de los demandantes de amparo, en atención a los criterios expuestos en nuestra jurisprudencia (entre otras, SSTC 307/1993, de 25 de octubre, FJ 1; 116/1997, de 23 de junio, FJ 1, *in fine*; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 2; 19/2000, de 31 de enero, FJ 2; 96/2000, de 10 de abril, FJ 1; 31/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 2; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 2), que otorgan prioridad a aquellas de las que pueda derivarse la retroacción de las actuaciones y, dentro de éstas, a aquellas que determinan la retroacción a momentos anteriores, lo que haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes. En atención a dichos criterios, nuestro análisis comenzará por la alegación relativa al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa, alegación planteada en los dos recursos. En segundo lugar, se analizará la denunciada vulneración de las garantías de inmediación y contradicción en el proceso en segunda instancia en el que se produce la condena y del derecho a la presunción de inocencia. Y, finalmente, si ninguna de las anteriores alegaciones

justifican la concesión del amparo solicitado, nos ocuparemos del derecho a la segunda instancia en materia penal.

2. Comenzando por la primera de las vulneraciones denunciadas en ambos recursos de amparo, como recientemente afirmábamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, «desde la STC 12/1981, de 12 de abril, este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que “sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral”, pero también la calificación jurídica, dado que ésta “no es ajena al debate contradictorio” (FJ 4)».

Ese derecho a ser informado de la acusación, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), se convierte en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3).

Por ello, hemos sostenido que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, «pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral» (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

E incluso en el supuesto de que se introduzcan modificaciones que incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que impliquen una nueva calificación jurídica, para declarar vulnerado el derecho de defensa hemos exigido que el acusado ejerza las facul-

tades que le otorga la Ley de enjuiciamiento criminal (arts. 746.6 en relación con el art. 747 y el art. 793.7 LECrim), solicitando la suspensión del juicio, para poder articular debidamente su defensa (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 16), exigencia que responde a la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscribida es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses (STC 33/2003, FJ 4).

3. La doctrina anteriormente expuesta al presente caso nos exige llevar a cabo, con carácter previo, una serie de constataciones.

En primer lugar, como afirman los recurrentes y se desprende del examen del acta del juicio oral, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales una vez celebrado el acto del juicio, añadiendo un párrafo final del siguiente tenor: «Dichas daciones en pago tenían por objeto la permuta de la entidad Martolinas, también del grupo Hachuel, del que era titular al 100% Invisan Establishment y Palmira Overseas. Estas entidades recibieron en pago las referidas obras de arte. Posteriormente Variations vende a Portic la entidad Martolinas, quedando así vacía de contenido patrimonial y haciendo imposible la garantía pignoratícia». Igualmente, consta acreditado en el acta, que ninguna de las partes efectuó protesta formal al respecto, ni solicitó la suspensión del juicio, limitándose las defensas de los acusados a elevar a definitivas las conclusiones.

En segundo lugar, es cierto que la Sentencia recurrida en amparo introduce este hecho, en términos muy similares a los utilizados por el Ministerio Fiscal, al final del catálogo de hechos probados: «Las reseñadas daciones en pago tenían como finalidad la permuta de la entidad Martolinas, también del grupo Hachuel, de la que era titular al 100% Invisan Establishment y Palmira Overseas. Estas empresas recibieron en pago las obras de arte y posteriormente Variations vendió a Portic la entidad Martolinas, con lo que, quedando ésta vacía de contenido patrimonial, se frustraron las posibilidades de ejecutar las garantías pignoratícias». Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que ese hecho se introduce como último inciso en un largo relato de hechos probados y que anteriormente se habían detallado cuáles fueron las operaciones realizadas por los recurrentes y documentadas en escrituras públicas de fechas 29 de julio de 1994, 26 de octubre de 1994 y 11 de noviembre de 1994, a través de las cuales se logró sustraer del activo patrimonial ejecutable, mediante una serie de «daciones en pago», obras de arte valoradas en 2.318.249.901 pesetas, especificando de qué obras se trataba. Tras lo cual se afirma: «Estas obras que se valoraron en 2.318.249.001 ptas no pudieron ser objeto de la ejecución patrimonial universal que legítimamente correspondía a la entidad SCI Gestión S.A., cesionaria del crédito inicial otorgado por Banesto, cumpliéndose así los propósitos conjuntos de los acusados de reducir los activos patrimoniales que debían quedar afectos a responder del saldo deudor del crédito inicialmente contraído por Banesto». Y es a continuación cuando se añade que las referidas daciones en pago tenían como finalidad la permuta de la entidad Martolinas, que fue vendida por Variations a Portic.

Finalmente, de la lectura del fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial se desprende que, constatada la realidad y exigibilidad del crédito (primer elemento del delito, respecto del cual ninguna relevancia tiene el hecho ahora discutido), la actividad que determina la sustracción de los bienes del destino solutorio a que se encuentran afectos y que genera la situación de insolvencia del deudor, en los términos

empleados por la propia Sentencia para denominar el segundo y tercer elemento del delito, consiste claramente en las daciones en pago de las obras de arte que constituían el activo de Variations International a otras empresas domiciliadas en paraísos fiscales, daciones que son las determinantes del vaciamiento patrimonial de la sociedad y de la consiguiente imposibilidad de ejecución de las prendas y que constituyen hechos probados distintos al cuestionado.

En efecto, respecto del segundo de los elementos del tipo (actividad que sustraiga los bienes del destino solutorio a que se encuentran afectos), se afirma: «es evidente que concurre este elemento en el caso presente y así se desprende de la extensa documental obrante en las actuaciones y que se resume en las daciones en pago de las obras de arte que constituían el activo de Variations International a Palmira Overseas e Invisan, empresas también del grupo Hachuel, daciones que supusieron el vaciamiento de la sociedad y consiguiente imposibilidad de ejecución de las prendas. Así, el 29 de julio de 1994 Variations entrega a Portic S.A. bienes valorados en 248.951.325 ptas., dándose Portic S.A. por pagada totalmente de la deuda y actuando en nombre de ambas sociedades su administrador D. Rafael García Arteaga. El 26 de octubre de 1994, Variations International entrega a Palmira Overseas Inc., actuando como apoderado de esta última D. Alvaro Yves Hachuel Collet, ..., como parte del pago de la cantidad de 1.088 millones de pesetas que le adeuda por la compra de acciones de Martolinas, S.A. el cuadro de Picasso *Femme assise dans un fauteuil*, valorado en 275 millones de pesetas. El 26 de octubre de 1994, Variations International, S.A., representada por D. Rafael García Arteaga da a Invisan Establishment la cantidad de 512 millones de pesetas por la compra de acciones de Martolinas S.A. y dos pinturas valoradas en 440.000.000 de pesetas. El 11 de noviembre de 1994, a través de los mismos representantes, Variations International S.A. da a Invisan Establishment dos obras de arte de Tapiés por valor de 72 millones de pesetas, quedando así totalmente satisfecha la deuda que la primera sociedad mantenía con la segunda por la compra de acciones de Martolinas S.A.. El 30 de noviembre de 1994, Variations International S.A., representada por don Rafael García Arteaga entrega a Palmira Overseas Inc., que actúa a través de su apoderado don Álvaro Yves Hachuel Collet, 74 obras de arte y 22 lotes de libros por valor de 596.370.000 ptas, quedando reducida la deuda a 216.630.000 ptas. Posteriormente esta operación se aclara en escritura de 21 de junio de 1995, eliminando un cuadro, con lo que la deuda queda en 218.830.000 ptas. Estas operaciones tienen como consecuencia que como Portic poseía el 100% de Variations y ésta da en pago del 100% de Martolinas las obras de arte pignoradas a otras empresas del grupo domiciliadas en paraísos fiscales (concretamente a Palmira Overseas e Invisan Variations) queda vacía de contenido y las prendas no pueden ejecutarse».

Y respecto del tercer elemento del delito de alzamiento de bienes (situación de insolvencia del deudor) se afirma que concurre «porque las obras de arte desaparecieron de los activos de Variations, se ha imposibilitado la ejecución y el saldo deudor del crédito no ha sido satisfecho, al carecer la citada sociedad de activos para responder del pago del mismo».

Finalmente, en cuanto al último de los elementos (la intención de perjudicar del acusado), sostiene la Sentencia que «se pone de manifiesto por la propia mecánica de los hechos, que evidencian un claro ánimo defraudatorio, ya que se han producido una serie de operaciones cruzadas entre sociedades del mismo grupo, algunas de ellas se encuentran domiciliadas en paraísos fiscales —Palmira en Panamá e Invisan en Liechtenstein— y precisamente las daciones en pago se produjeron inme-

diatamente después de vencido el crédito e iniciada su ejecución».

De todo lo cual se desprende que la operación mediante la cual Variations vende a Portic la entidad Martolinas no es el hecho determinante de la existencia del delito de alzamiento de bienes, ni de la autoría de los acusados, como pretenden los recurrentes desde una lectura descontextualizada y aislada del mismo, sino que —en la línea de lo manifestado por el Ministerio Fiscal— tal hecho carece de relevancia en la fundamentación de la condena, que se sustenta en los anteriores hechos probados, relativos a las daciones en pago de las obras de arte, que son el hecho determinante de la imposibilidad de ejecución sobre las mismas de la garantía pignoratícia. Y todas esas operaciones se encontraban reseñadas en el escrito de calificaciones provisionales, sobre ellas versó el debate procesal, y se recogen en los hechos probados anteriores.

Puede, pues, concluirse que la introducción del hecho nuevo controvertido en el escrito de calificaciones definitivas del Ministerio Fiscal —hecho que, por lo demás, se reflejaba en una escritura pública de fecha 31 de julio de 1995, que había sido aportada al proceso en fase de instrucción por la defensa del Sr. Hachuel Moreno y sobre el que fueron interrogados en el acto del juicio tanto éste como el Sr. Arteaga— no constituye una modificación esencial de las calificaciones, dado que no se refiere a ningún elemento esencial del delito de alzamiento de bienes, al que iba referida la acusación desde el principio y por el que finalmente se condena sobre la base de los otros hechos. Por tanto, no puede constatar la denunciada vulneración del derecho a ser informado de la acusación, ni del derecho de defensa, al no existir elementos de hecho esenciales de los que los acusados no hayan podido defenderse en un debate contradictorio con la acusación en el acto del juicio.

Por lo demás, si los recurrentes entendían que la modificación introducida por el Ministerio Fiscal afectaba a elementos esenciales, como sostienen en las demandas de amparo, hubieran debido ejercitar las facultades que les otorga la Ley de enjuiciamiento criminal, al efecto de poder articular debidamente su defensa, lo que no hicieron. Y esa falta de diligencia procesal en la defensa de sus intereses excluiría, conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta, la existencia de indefensión constitucionalmente relevante.

4. Bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), se denuncia en el recurso núm. 5032-2001, junto a la inexistencia de prueba de cargo respecto de la realidad del crédito y la insolvencia del deudor, la ausencia de intermediación y contradicción en la segunda instancia, en la que se revoca la inicial Sentencia absolutoria y se les condena, a partir de una nueva valoración y ponderación de las declaraciones de los propios acusados y del testigo Sr. Conde, apreciando contradicciones y omisiones que no podían valorarse en segunda instancia sin intermediación, conforme a la nueva doctrina sentada por este Tribunal a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que es invocada por el recurrente Sr. Hachuel Moreno en el trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC y también por el Ministerio Fiscal.

Antes de entrar en el análisis de esta alegación, conviene señalar que la queja relativa a la ausencia de intermediación y contradicción en la segunda instancia penal ha de encuadrarse, en realidad, en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), sin que la imprecisión del recurrente en la calificación jurídica de su queja constituya un obstáculo para su enjuiciamiento, al resultar claramente delimitada en la demanda la infracción aducida y las razones en las que la misma se sustenta (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9;

200/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 7; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 3).

5. Tal y como señalan el recurrente Sr. Hachuel Moreno y el Ministerio Fiscal, el Pleno de este Tribunal, en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 y 10, ha sentado una nueva doctrina en relación con la exigencia de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, la citada Sentencia establece que en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim otorga al Tribunal *ad quem* en el recurso de apelación (que le otorgan plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez *a quo* y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 CE, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, si bien ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En efecto, la STC 167/2002 declaró que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción» (FJ 11). Lo cual se afirma en relación a las circunstancias de un caso, respecto del que se destaca que debía «pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que se hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso... debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que... el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigían que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación» (STC 167/2002, FJ 11).

Las mismas o similares circunstancias pueden apreciarse en los supuestos de hecho de 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 han ido perfilando la misma (entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 47/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4). Todas ellas resuelven supuestos en que, tras una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, tras realizar una nueva valo-

ración 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; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1).

6. La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse requiere, por tanto, el examen de las circunstancias del presente caso y, en concreto, de la naturaleza tanto de las cuestiones sometidas al Tribunal de apelación, como de la discrepancia entre las dos resoluciones y de los medios de prueba en cuya nueva valoración se fundamenta la conclusión condenatoria.

Como se expuso con mayor detenimiento en los antecedentes de hecho, la Sentencia de instancia fundamenta su conclusión absolutoria en la falta de acreditación de la existencia de un crédito real y exigible, pese a la existencia de prueba documental al respecto (la escritura pública de 14 de febrero de 1992). Entiende la Juez que «el hecho de que la concesión del crédito por Banesto a Portic S.A. se refleje en escritura pública no supone, necesariamente, que tal contrato sea un negocio cierto y no simulado», analizando a continuación ciertos detalles, puestos de relieve por los acusados y por el testigo don Mario Conde Conde, que entiende reveladores de que el negocio no era real, sino simulado, y otorgando credibilidad a la versión exculpativa de los acusados respecto de la concesión del crédito, avalada por las declaraciones del testigo don Mario Conde, por lo que concluye que la realidad de la deuda no resulta acreditada.

Contra esta resolución interpusieron recurso de apelación tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, denunciando ambos error en la valoración de la prueba, a lo que el recurso de la acusación particular añade la infracción de precepto legal y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación. Por tanto, en los términos de tales recursos, el órgano de apelación debía pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba y que en el acto del juicio habían negado la comisión del hecho, solicitándosele que corrigiera la valoración de la prueba practicada en la instancia.

En ese contexto la Audiencia Provincial modifica la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia y condena a los acusados como autores de un delito de alzamiento de bienes, sobre la base de una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia. En concreto, y respecto de la existencia de un crédito real y exigible —primer elemento del delito y que constituye «el verdadero problema y objeto de debate»— la Audiencia sostiene que ni la naturaleza ficticia del crédito, ni otros extremos de la versión de los querellados han quedado suficientemente acreditados, «y por ello no pueden, en consecuencia, estimarse bastantes para desvirtuar la versión mantenida por las acusaciones sustentada por la incontrovertible prueba documental obrante en las diligencias». Constatada la realidad del crédito, que «es patente por su plasmación docu-

mental», se afirma a continuación también la exigibilidad de la deuda, «porque el pacto de fiducia a que se refieren los querellados y en el que tratan de fundamentar su exculpación no ha sido en absoluto acreditado frente a la incontrovertible documental en que el crédito se instrumenta, y así es porque no existe documento alguno, ni siquiera de carácter privado que pruebe la existencia de la citada fiducia». Esta inexistencia de constancia documental en una operación de tal envergadura, unida a otra serie de consideraciones, como que sea el equipo de Mario Conde, con quien presuntamente se había pactado la fiducia, quien comienza a ejecutar las garantías, o la inexistencia de contrapartida alguna, llevan a la Audiencia a afirmar que no pueden prosperar las alegaciones exculpatorias de los acusados, ni los argumentos que, aceptando las mismas, se consignan en la Sentencia de instancia, que analiza y rechaza. Y es en ese contexto, rebatiendo los argumentos de la Sentencia de instancia, en el que se hace referencia al testimonio del expresidente de Banesto Mario Conde, afirmando que el mismo «no puede prosperar frente a la tan citada prueba documental» porque «no fue desde luego excesivamente concluyente» y «presenta cierta contradicción», sosteniendo en otro momento que sus afirmaciones eran «vagas y confusas». Los restantes elementos del delito también se consideran acreditados sobre la base de la prueba documental obrante en autos, en la que se reflejan las daciones en pago de las obras de arte que constituían el principal activo de Variations a otras empresas del grupo Hachuel, domiciliadas en paraísos fiscales, una vez vencido el crédito e iniciada su ejecución, lo que determinó el vaciamiento patrimonial de la sociedad y la consiguiente imposibilidad de ejecución de las prendas.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la condena de los recurrentes se sustenta, por una parte, en la valoración y ponderación de la prueba documental, una valoración que ha de considerarse constitucionalmente admisible. Sin embargo, junto a esta prueba, de cuya existencia ya había dado cuenta la Sentencia de instancia, el órgano judicial analiza y niega credibilidad a la versión de descargo aportada por los acusados y por el testigo don Mario Conde, valorando el testimonio de este último como poco concluyente e incurso en contradicciones y corrigiendo con su valoración la llevada a cabo por el Juzgado de lo Penal.

Ahora bien, es la credibilidad de estos testimonios la que había servido de base a la absolución inicial; por tanto, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, el órgano de apelación no podía llevar a cabo una nueva valoración y ponderación de tales manifestaciones sin un examen personal y directo de los acusados y del testigo, por exigirlo así el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción. Por todo lo anterior este Tribunal Constitucional ha de estimar parcialmente la demanda de amparo del Sr. Hachuel Moreno por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

7. La constatación de la anterior vulneración determina que nuestro enjuiciamiento debe detenerse en este punto, sin analizar las restantes alegaciones formuladas en ninguno de los dos recursos acumulados, por las razones que a continuación van a exponerse.

Conforme a la doctrina de este Tribunal, en aquellos casos como el presente en que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal *ad quem*, existen otras válidamente practicadas, 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 con-

denatoria o, por el contrario, decide revisarla (por todas, 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; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 8; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4). En el presente caso, ha de tenerse en cuenta que junto a las declaraciones de los acusados y a las testificales indebidamente valoradas, constan en las actuaciones y en las resoluciones judiciales otras pruebas respecto de cuya virtualidad probatoria autónoma para sustentar el pronunciamiento condenatorio nada tiene que decir este Tribunal, debiéndose respetar la posibilidad de que el órgano de apelación las valore en términos constitucionalmente adecuados. Por tanto, procede retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia recurrida en amparo, a fin de la que la Audiencia Provincial dicte una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

8. Ahora bien, aunque tal decisión en principio iría referida a la condena de don Jacques Hachuel Moreno, que es quien plantea esta concreta queja en amparo, ha de tenerse en cuenta, como señala el Ministerio Fiscal, que la anulación de su condena también tiene relevancia respecto de los otros condenados, que al haberlo sido no como autores, sino como cooperadores necesarios de aquél, no tienen una responsabilidad penal autónoma, sino subordinada a la del autor principal, en virtud del principio de accesoriedad de la participación. Por ello, la anulación de la Sentencia no será parcial, en relación con la condena del Sr. Hachuel Moreno, sino que ha de producirse respecto de todos los pronunciamientos condenatorios que contiene.

Anulada la Sentencia condenatoria dictada en segunda instancia, y ordenado un nuevo pronunciamiento en relación con todos los condenados, no procede tampoco el examen de la queja relativa a la inexistencia de posibilidad de recurso frente a la condena producida en segunda instancia, planteada en la demanda de amparo de don Álvaro Yves Hachuel Collet, puesto que tal condena ha sido anulada por este Tribunal.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar parcialmente el amparo solicitado por don Jacques Hachuel Moreno y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular —en los términos expuestos en el fundamento jurídico octavo— la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de junio de 2001, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al fallo, a fin de que se dicte nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintidós 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.