

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8214 *Sala Segunda. Sentencia 45/2011, de 11 de abril de 2011. Recurso de amparo 823-2010. Promovido por don José Luis Asensio Taboada frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, en apelación, le condenó por un segundo delito contra la seguridad vial. Supuesta vulneración de los derechos de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la legalidad penal: condena pronunciada en apelación sin necesidad de celebrar vista pública al no modificarse los hechos probados (STC 170/2002).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugeni Gay Montalvo, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Francisco José Hernando Santiago y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 823-2010, promovido por don José Luis Asensio Taboada, representado por el Procurador de los Tribunales don Vicente Ruigómez Muriendas, y asistido por el Letrado don Francisco de Paula Rovira Llor, contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de octubre de 2009, dictada en el rollo núm. 222-2008-CH, rápido, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barcelona de 25 de julio de 2008, y contra el Auto de 14 de diciembre de 2009 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra aquélla. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 2 de febrero de 2010, don Vicente Ruigómez Muriendas, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don José Luis Asensio Taboada, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barcelona dictó Sentencia el 25 de julio de 2008, en el marco del juicio rápido núm. 102-2008, por la que condenaba al demandante, como autor de un delito contra la seguridad vial del artículo 383 del Código Penal (en adelante, CP), con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a la pena de ocho meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a un año y seis meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Dicha resolución judicial le absolvía del delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 del mismo texto legal del que había sido acusado por el Ministerio Fiscal.

En la citada Sentencia se declaró probado que «el acusado... conducía el vehículo... con sus facultades psicofísicas mermadas a consecuencia de una previa ingesta de alcohol. El acusado fue requerido por agentes de la Guardia Urbana que estaban realizando

un control preventivo de alcoholemia para que se sometiera a la prueba de detección de alcohol en aire espirado con etilómetro, negándose a hacerla. El acusado presentaba aliento olor a alcohol, comportamiento irritado, habla pastosa, respuestas embrolladas y caminar vacilante».

La Sentencia razona que solamente procede la condena por el delito previsto en el artículo 383 CP, pues en el caso de condenar por el delito previsto en el artículo 379.2 CP, se conculcaría el principio *non bis in idem*, al tutelar ambos delitos el mismo bien jurídico, la seguridad vial. Por ello considera que deben aplicarse las normas relativas al concurso aparente de normas e imponer la condena solamente por el delito previsto en el artículo 383 CP por considerarlo el precepto más amplio o complejo, castigado con pena de mayor gravedad (art. 8.3 y 4 CP), absolviendo del delito del artículo 379.2 CP.

b) Interpuesto recurso de apelación contra la anterior Sentencia por el Ministerio Fiscal y por el condenado, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, sin celebrar vista pública y manteniendo el relato de hechos probados, dictó Sentencia, en fecha 15 de octubre de 2009, por la que estimaba el recurso del Ministerio Fiscal y condenaba al acusado también por el delito previsto en el artículo 379.2, inciso primero CP, imponiéndole la pena de seis meses de multa con cuota diaria de dos euros y responsabilidad subsidiaria en caso de impago, treinta y una jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un año y un día.

Entiende la Sentencia de apelación que la relación entre los artículos 379.2, inciso primero, y 383 CP, no es de concurso de normas –como afirma la Sentencia recurrida–, sino de delitos como ya proclamó la STC 161/1997. Considera que ambos preceptos no tutelan el mismo bien jurídico, al comportar el artículo 383 CP, además de una puesta en peligro de la seguridad vial, el incumplimiento de un mandato emanado de los agentes de la autoridad, sin que se aprecien diferencias sustanciales entre el anterior artículo 379 CP y el vigente artículo 383 CP tras la modificación operada por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre. Al propio tiempo desestimó el recurso interpuesto por la representación del acusado.

c) La representación del demandado presentó incidente de nulidad de actuaciones en el que entendía que la condena por el delito del artículo 379.2, inciso primero CP, impuesta en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, conculcaba su derecho a la defensa, al cercenar el derecho a la última palabra del acusado, y el derecho a un proceso con todas las garantías al no haberse celebrado vista, ni practicado prueba en apelación, citando en su apoyo el ATC 161/2004, de 6 de mayo, FJ 4.

Por Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 14 de diciembre de 2009, se desestimó el incidente de nulidad al considerar que se habían respetado los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida, discrepando exclusivamente la Sentencia de la calificación jurídica de los mismos.

3. El recurrente sustenta la demanda en dos motivos, la vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE) y del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE).

En primer lugar, considera lesionado su derecho a la defensa al haber sido condenado en apelación por un delito del que había sido absuelto en la instancia, sin haber sido oído, lo que conculcaría el derecho a la última palabra como manifestación del derecho a la autodefensa, en tanto que nadie puede ser condenado sin haber sido oído por el Tribunal sentenciador, derecho que forma parte del derecho a un proceso judicial con todas las garantías, englobado en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Con cita, entre otras, de las SSTC 167/2002, de 18 de diciembre; 196/2007, de 11 de septiembre; 29/2008, de 20 de febrero, y de diversas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), considera que para ser condenado por el delito del artículo 379.2, inciso primero, del CP, del que había sido previamente absuelto, debió ser oído por el Tribunal de apelación que fue el que primero le condenó por dicho delito, audiencia que en nuestro sistema procesal se arbitra, a su entender, en el derecho a la última palabra del imputado, que tiene configuración legal en el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El recurrente entiende también vulnerado su derecho a la legalidad penal y sancionadora, en su vertiente del derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos (*ne bis in idem*), tutelados por dos preceptos penales homogéneos y protectores del mismo bien jurídico, la seguridad vial, por haber sido condenado por los delitos previstos en el artículo 379.2, inciso primero, y 383 CP. En su opinión, para no conculcar el principio *ne bis in idem* debían haberse aplicado las normas que regulan el concurso de leyes, resolviendo la concurrencia en virtud del principio de la consunción del artículo 8.3 CP, en lugar de considerar la existencia de un concurso real de delitos.

El demandante justifica la especial trascendencia constitucional del recurso por ser necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la correcta aplicación de los derechos invocados, reconocidos en los artículos 24 y 25.1 CE.

Finalmente, por medio de otrosí, y con invocación de la doctrina de este Tribunal, solicitó la suspensión de la ejecución de la Sentencia impugnada, ya que, de lo contrario, se le ocasionaría un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad, al tratarse de un proceso penal restrictivo del derecho a la libertad, previéndose que el desarrollo del presente recurso determine que su conclusión sea posterior al cumplimiento de la Sentencia privativa de libertad.

4. Por providencia de 22 de julio de 2010, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y, en aplicación de lo previsto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona y al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barcelona, a fin de que en el plazo de diez días remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, respectivamente, al rollo núm. 222-2008-CH rápido y al procedimiento abreviado núm. 102-2008 rápido, interesándose al mismo tiempo que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si lo estimasen pertinente.

Asimismo, de conformidad con lo instado por el actor, en la misma providencia, se acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión, en la que tras evacuar alegaciones el Ministerio Fiscal y el demandante, por ATC 135/2010, de 4 de octubre, se acordó conceder la suspensión solicitada únicamente en cuanto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días, al haber sido sustituida la pena privativa de libertad por una pena de multa.

5. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Segunda, por diligencia de ordenación de su Secretaría de Justicia de 2 de noviembre de 2010, acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

6. La representación procesal del demandante evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 2 de diciembre de 2010 en el que reiteraba las formuladas en su escrito de demanda, ampliándolas con cita de más jurisprudencia.

7. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 15 de diciembre de 2010.

Respecto al motivo consistente en la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por desconocimiento del principio *non bis in idem*, con cita de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, considera que concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 44.1 c) LOTC, al haber sido omitida toda referencia al mismo en el momento inmediatamente posterior a aquel en que la lesión se produjo, esto es, al interponer el incidente de nulidad de actuaciones.

Por otra parte solicita la desestimación de la demanda al considerar que no se habría vulnerado el derecho de defensa. Entiende que la queja esencial del demandante es que no fue oído por el Tribunal que resolvió la apelación, concretando la misma en el derecho

a la última palabra, por lo que la queja debe contextualizarse en el ámbito del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), si bien en la exposición del motivo se contienen referencias al derecho a un proceso con las debidas garantías. Descarta la lesión del derecho a un proceso con las debidas garantías, al no haberse modificado, en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el relato de hechos probados, ni haberse efectuado una nueva valoración de la prueba, sino un cambio en la subsunción típica que no precisa intermediación judicial.

Posteriormente, tras exponer la doctrina constitucional relativa al derecho a la última palabra, como manifestación del derecho de defensa, considera que el mismo no se encuentra recogido en la norma procesal que configura el recurso de apelación, careciendo de sentido su ejercicio ante el Tribunal *ad quem* al no haber existido ni una nueva valoración de prueba personal, ni un cambio en el relato de hechos probados. Considera que no se habría cercenado la garantía del demandante de ser oído en segunda instancia. En tal sentido, con cita de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, indica que la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. En concreto en la configuración del recurso de apelación, indica, con cita entre otras de las SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, y de 16 de noviembre de 2010, caso *García Hernández c. España*, que no era precisa la audiencia al haberse pronunciado la Audiencia Provincial sobre una cuestión jurídica, sosteniendo la inadmisibilidad de vista en segunda y tercera instancia, siempre que se haya celebrado vista en primera instancia y el proceso verse sobre cuestiones de Derecho, pese a que al demandante no se le haya ofrecido la posibilidad de comparecer ante el Tribunal de apelación o casación. Apunta el Ministerio público que no se dan los presupuestos que sustentaron la STC 184/2009 por la que se otorgó el amparo al condenado en segunda instancia que había sido previamente absuelto, en tanto que en aquel recurso el Tribunal de apelación llevó a cabo una inferencia de culpabilidad en la medida que consideró probado que «conocía la Sentencia de separación y su obligación de pagar la pensión alimenticia» y además no fue oído por el tribunal que primeramente le condenó. Por el contrario, en el presente recurso el demandante pudo desplegar sin trabas su derecho de defensa y autodefensa, sin que la Audiencia Provincial efectuara una nueva valoración de prueba, sino que se limitó a resolver una cuestión de estricto contenido jurídico, esto es, si los hechos era constitutivos de un concurso real de delitos o debían ser sancionados a través del concurso de normas. Finalmente el Ministerio Fiscal descarta que el demandante haya acreditado la existencia de un perjuicio real y efectivo por no haber sido oído.

8. Por providencia de 7 de abril de 2011 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de octubre de 2009, dictada en el rollo núm. 222-2008, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barcelona de 25 de julio de 2008, y contra el Auto de 14 de diciembre de 2009, dictado por la misma Sección, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia indicada. Considera el actor que dichas resoluciones vulneran su derecho fundamental a la defensa, en su vertiente de derecho a la última palabra y derecho a ser oído por el Tribunal que le condena en apelación (art. 24.2 CE) y el derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), por haber sido condenado doblemente por unos mismos hechos.

El Ministerio Fiscal, como ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes, considera que concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional respecto de la queja concerniente a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), e interesa la desestimación de la demanda al considerar que no se habría vulnerado el derecho de defensa.

2. Antes de examinar la vulneración del derecho de defensa alegada por el demandante de amparo, es preciso señalar que en la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), como bien afirma el Ministerio Fiscal, concurre el óbice procesal correspondiente a la falta de su invocación formal en el proceso judicial previo [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]. La doctrina reiterada de este Tribunal, que hemos tenido ocasión de recordar en la STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 2, atribuye al requisito de invocación previa una doble finalidad. Por una parte, dar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción de amparo. También hemos afirmado que no es exigible para satisfacer la condición de la invocación previa que se mencione concreta y numéricamente el precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su nomen iuris, «siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, de reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo» (por todas, STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 2). En este caso, el demandante de amparo no invocó al plantear el incidente de nulidad, frente a la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cuestión relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal, por desconocimiento del principio *non bis in idem*. Tal circunstancia imposibilitó que la jurisdicción ordinaria pudiera eventualmente reparar su derecho, presupuesto necesario de admisibilidad del recurso de amparo que preserva su carácter subsidiario, por lo que procede la inadmisión de esta queja.

3. En cuanto al primer motivo de amparo, si bien el demandante denuncia en el encabezamiento de su demanda la vulneración del derecho de defensa en una doble vertiente, su desarrollo pone de manifiesto que la invocación del derecho a la última palabra como manifestación del derecho de autodefensa carece de una mínima argumentación en la que pudiera sostenerse su autonomía, respecto de la denunciada vulneración del derecho de defensa en su vertiente de derecho a ser oído personalmente en la fase de recurso por el Tribunal de apelación que lo condena en segunda instancia por un delito del que había sido absuelto en la primera. A esta cuestión –que constituye la única queja respecto de la que el recurrente ha cumplido la carga que sobre él pesa de fundamentar la vulneración constitucional denunciada– se limitará nuestro enjuiciamiento, pues, como hemos señalado reiteradamente, no le corresponde a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes –sobre las que recae la carga de la argumentación– cuando aquéllas no se aportan al recurso (entre las más recientes, SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 3; 196/2006, de 3 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 2; 42/2008, de 10 de marzo, FJ 2; y 182/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

En este punto, el recurrente sustenta su queja de que se le ha vulnerado el derecho de defensa, en que su condena ha sido agravada por la Sentencia de la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, sin haber sido oído personalmente por el Tribunal de apelación.

Nuestro análisis ha de partir de la reiterada doctrina constitucional relativa a los casos en que es necesaria la audiencia del acusado en apelación. Así, en la reciente STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3 –con referencia a la STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, que sintetiza de manera detallada la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto–, hemos recordado que «la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En

este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso *Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39; 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia*, § 64; 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59).

Ahora bien, también hemos afirmado desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que «tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates» (entre otras, STEDH de 16 noviembre 2010, caso *García Hernández c. España*, § 24; 16 diciembre 2008, caso *Bazo González c. España*, § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación «no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez *a quo* en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas» (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*, § 36). De donde se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal *ad quem* se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, se consideró inexistente la vulneración del artículo 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que «los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados» (§ 36).

La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente

al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

4. En el presente caso, resolviendo el debate estrictamente jurídico que le había sido planteado por el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, en el que solicitó la revocación de la decisión parcialmente absolutoria de instancia, la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona –dictada sin celebrar previamente vista pública, pero manteniendo el relato de hechos declarados probados en primera instancia–, estimó el recurso del Ministerio Fiscal y agravó la condena del recurrente al considerarle también autor del delito previsto en el artículo 379.2, inciso primero CP, del que había sido absuelto en la instancia. Al fundamentar su condena, la Audiencia Provincial no revisa el juicio fáctico realizado en la instancia sino que difiere de su calificación jurídica por considerar que la relación entre los artículos 379.2, inciso primero, y 383 CP no es de concurso de normas –como afirma la Sentencia de instancia–, sino de delitos, por lo que no procede aplicar las reglas del artículo 8 CP, que sirvieron para sustentar la anterior decisión, parcialmente absolutoria.

Por tanto, el razonamiento de la Audiencia Provincial se limita a un aspecto puramente jurídico, esto es, si la relación entre el artículo 379.2, inciso primero, CP, y el artículo 383 CP debe dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso de normas (art. 8 CP) –criterio sostenido por la Sentencia de instancia y que dio lugar a la absolución del delito del artículo 379.2, inciso primero, CP, pese a reputar al acusado autor de ambos delitos–, o a las del concurso real de delitos (art. 73 CP). El debate es resuelto en favor de esta última solución, y en consecuencia, se condena al acusado también por el delito del artículo 379.2 inciso primero CP.

Así pues, se constata que, como señala el Ministerio Fiscal no se dan, en el recurso planteado, los presupuestos que sustentaron la STC 184/2009 por la que se otorgó el amparo al condenado en segunda instancia que había sido previamente absuelto, pese a que en ambos casos el Tribunal *ad quem*, mantiene el relato de hechos probados. En aquel caso, tal y como reflejan los antecedentes de la Sentencia citada, el Tribunal de apelación llevó a cabo un juicio de culpabilidad, en la medida en que afirmó el conocimiento por el condenado de la Sentencia de separación, conocimiento que había sido negado por el Juez *a quo* lo que fue determinante en su absolución. En tales circunstancias, el derecho de defensa del acusado exigía que hubiera sido oído por el órgano judicial que conoció del recurso, y que fue el primero en condenarle (STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59).

Por el contrario, tal juicio de culpabilidad no se realiza en la Sentencia ahora impugnada, puesto que éste ya había sido efectuado en la Sentencia de instancia en cuya fundamentación jurídica se reputa al acusado autor de los dos delitos (fundamento de derecho quinto). La decisión condenatoria da respuesta a un debate y una discrepancia estrictamente jurídicos, concretados en si en el caso se estaba ante un supuesto de concurso de normas o un concurso real de delitos y respecto de tal cuestión la audiencia del recurrente nada hubiera aportado.

Por consiguiente, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, ni era constitucionalmente exigible que el demandado fuera oído en el proceso de apelación, ni tal omisión, dada la índole de las cuestiones que fueron planteadas por la acusación y debían resolverse en apelación, supuso una privación o una limitación del derecho de defensa, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión adoptada, lo que conduce a la desestimación de esta solicitud de amparo.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don José Luis Asensio Taboada.

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

Dada en Madrid, 11 de abril de 2011.—Eugeni Gay Montalvo.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Francisco José Hernando Santiago.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.