



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Apelación Penal: Tratamiento legal y jurisprudencial tras la reforma de 2015

Presentado por:

Pedro Jesús Arauzo Ahumada

Tutelado por:

Coral Arangüena Fanego

Valladolid, febrero de 2020

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado versa sobre la apelación en el orden penal, centrándose en su tratamiento legal y jurisprudencial después de la reforma del año 2015.

Primeramente, se va a tratar el contexto legal de la apelación penal en España: su concepto, elementos definitorios, resoluciones que pueden ser apelables y la sentencia de apelación.

En segundo lugar, se hará una breve reseña acerca de la historia de esta figura para así poder comprender mejor su evolución y el contexto existente anterior a la reforma de 2015.

En tercer lugar, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) y del Tribunal Constitucional, la cual es antecedente y punto de partida del cambio legal de 2015, incluyendo sentencias clave como la del TEDH en el Caso Igual Coll contra España o la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre.

En cuarto lugar, se procederá a analizar las causas y los motivos por los cuales la apelación sufrió esta reforma y también la configuración legal que resultó después de ésta.

Para terminar, se analizarán nuevamente una serie de resoluciones, en este caso todas posteriores al año 2016, para poder mostrar así la aplicación por parte de los Tribunales de la reforma.

ABSTRACT

This Final Degree Project is related to the appeal in the criminal jurisdiction, focusing on legal treatment and jurisprudential treatment after the legal change in 2015.

Firstly, it is going to be explained the legal context which involves the appeal in criminal jurisdiction in Spain, for example; concept, defining elements, the resolutions which can be appealed in our Law and the appeal judgment.

Secondly, it is going to be explained history about the appeal in criminal jurisdiction, in order to appreciate her evolution and to understand her context before the 2015 legal change.

Thirdly, analyzing the jurisprudence of the the European Human Rights Court and Spanish Constitutional Court, which were the begining of the reform which happened in 2015, including key Igual Coll Vs Spain judgment or the judgment of spanish Constitutional Court 167/2002.

Fourth, it will be explained and analyzed the reason why the appel law was refomed. Then the new legal treatment will be explained, too.

In order to finish this Project, it can be shown the analysis of a great number of judicial resolutions, all of them after 2016, in order to confirm the application by the different appeal courts of Spain.

PALABRAS CLAVE (KEY WORDS)

- Apelación (appeal)
- Jurisprudencia (jurisprudence)
- Penal (criminal)
- Prueba (proof)
- Recurso (resource)
- Reforma (reform)
- Tribunal (court)

ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| Art | Artículo |
| AN | Audiencia Nacional |
| AP | Audiencia Provincial |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECrím | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| SSTEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |

ÍNDICE.

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| 2 BREVE RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPTO ACTUAL DE LA APELACIÓN PENAL..... | 7 |
| 2.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA, SITUACIÓN Y CONTEXTO DE LA REFORMA . DE 2015..... | 7 |
| 2.2 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO..... | 9 |
| 2.1.1 EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL..... | 14 |
| 2.1.2 RESOLUCIONES RECURRIBLES EN APELACIÓN..... | 15 |

| | |
|---|----|
| 2.1.3 MOTIVOS DE APELACIÓN..... | 16 |
| 2.1.4 ÓRGANO <i>A QUO</i> Y <i>AD QUEM</i> | 17 |
| 2.1.5 LA PROPOSICIÓN DE PRUEBAS EN LA FASE DE APELACIÓN..... | 18 |
| 2.1.6 LA SENTENCIA DE APELACIÓN..... | 19 |
| 3 ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA REFORMA DE 2015..... | 20 |
| 3.1 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS..... | 20 |
| 3.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... | 29 |
| 3.3 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO..... | 37 |
| 4 ESTUDIO DE LA REFORMA DE 2015..... | 40 |
| 4.1 LA NECESIDAD DE LA REFORMA..... | 40 |
| 4.2 TRATAMIENTO LEGAL..... | 43 |
| 5 APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE LA REFORMA..... | 48 |
| 5.1 APLICACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES..... | 48 |
| 5.2 APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO..... | 55 |
| 6 INCIDENCIA DEL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN..... | 58 |
| 7 CONCLUSIONES..... | 61 |
| 8 BIBLIOGRAFÍA..... | 62 |

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de apelación es una figura muy importante de nuestro ordenamiento jurídico, ya que va a permitir a cualquier interesado impugnar una resolución judicial que considere desfavorable y contraria a sus legítimos intereses, instando a su revisión por otro órgano jurisdiccional diferente y superior, y si lo estima, según los casos, proceder a dictar una nueva que se adapte a sus pretensiones.

De la interposición y posterior resolución del recurso de apelación pueden derivarse consecuencias de gran importancia y gravedad para un encausado, ya que éste puede resultar absuelto de una condena impuesta en primera instancia o resultar, en el caso contrario, condenado cuando había sido absuelto en instancia¹. Ambas situaciones descritas anteriormente no sólo acarrearán consecuencias procesales o penales para la persona, sino que también pueden producirse, derivadas de las anteriores, consecuencias económicas, sociales, laborales o profesionales.

Por todo ello, es fundamental una regulación clara y justa, entendiéndolo a mi juicio la palabra justa como el cumplimiento de todos los mandatos constitucionales y por ello de todos los derechos fundamentales de los que gozan los ciudadanos cuando se enfrentan a un proceso penal.

Es esto último lo que nos va a llevar al estudio principal de este trabajo, pues se va a realizar un análisis de cuáles han sido las causas que han motivado que en el año 2015 se aprobase la Ley 41/2015, de 5 octubre, por la cual se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que responde principalmente a la necesidad de adaptar la ley a la jurisprudencia sentada durante los últimos años por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y nuestro Tribunal Constitucional.

Elemento clave y fundamental en el proceso reformador ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio del Consejo de Europa (por lo tanto España está sujeta a su jurisdicción al ser Estado miembro de dicha Organización Internacional) y cuyo ámbito material es el Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH).

Resulta clave y fundamental por la interpretación que este Tribunal realiza sobre el artículo 6.1 del Convenio Europeo y su relación con el proceso penal en la fase de apelación.

En conexión con esto último, es tal la importancia del respeto al CEDH y al TEDH que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal permite en su artículo 954.3 la revisión de las sentencias firmes (aquellas frente a las que no cabe recurso alguno) si éstas han sido dictadas en violación de alguno de los derechos recogidos en el Convenio Europeo, siempre y cuando el procedimiento de revisión penal sirva para solventar los efectos producidos por la violación del Convenio.

¹ Situación esta última que, como veremos, está fuertemente limitada tras la reforma de 2015.

La ley que sirvió de base para la reforma, es decir la Ley 41/2015, de 5 de octubre, como veremos, no cambió de forma plenamente estructural la regulación anterior del recurso de apelación, sino que modificó parte de su articulado para generalizar este recurso, modificar el régimen de impugnación por error en la valoración de la prueba de las sentencias absolutorias o condenatorias, y garantizar el pleno respeto al principio de inmediación.

2. BREVE RESEÑA DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPTO ACTUAL DE LA APELACIÓN PENAL.

2.1 Breve reseña histórica, situación y contexto de la reforma del año 2015.

En la época de plena vigencia del Derecho Romano, la posibilidad de impugnar una resolución condenatoria evolucionó desde una posición de plena intangibilidad hacia una tendente posición de posibilidad de ataque a estas resoluciones, a través de mecanismos que permitían celebrar un proceso nuevo respecto al anterior, pero que sin embargo era capaz de incidir en éste último, tanto por motivos de forma como por motivos de fondo, lo que podríamos hoy entender como un potencial vehículo para la segunda instancia penal.

Ya en el momento histórico de la etapa codificadora, y antes de la LECrim de 1882, en el año 1868, la única instancia penal fue legislativamente implantada con la Ley de bases de 11 de abril de 1868, y mantenida en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (14 de septiembre de 1882) con excepción de los juicios de faltas.

En su planteamiento originario la LECrim de 1882 regulaba dos tipos de procesos penales; el proceso por delitos y el proceso de faltas. En su articulado sí que se regulaba una segunda instancia pero no prevista para todas las resoluciones; sólo para las sentencias dictadas en juicios de faltas.²

² TERRASA GARCÍA, Antonio, “Notas sobre la generalización de la segunda instancia penal. Nuevo recurso y viejas cuestiones”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears* XVIII, Esment Impremta, Palma de Mallorca, 2017, pp. 236 y 237.

Posteriormente en el año 1967, dentro ya del período franquista, el planteamiento cambia con el procedimiento de urgencia de 1967 y con el procedimiento de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes de 1980, en que se introduce la apelación contra sentencias dictadas en causas de delitos menos graves. Así, la segunda instancia serviría como contrapartida a la acumulación de la función de instructor y juzgador que recaía entonces sobre un mismo órgano jurisdiccional.

Ya en el período constitucional, las modificaciones continúan a través de diferentes leyes, especialmente con la aprobación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, por la cual nace el llamado procedimiento abreviado, el cual es el modelo a seguir actualmente para el recurso de apelación.

Otras leyes que también han afectado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia han sido la Ley 38/2002, de 24 de octubre, por la cual se introdujo una nueva modalidad de enjuiciamiento para aquellos delitos que por su menor trascendencia penal seguirían un proceso simplificado (juicios rápidos) o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal, eliminándose las faltas.

Finalmente en dicho año y en virtud de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se introducen en la LECrim nuevas modificaciones.

Se modifica sustancialmente parte el articulado de la LECrim, y para el caso concreto que nos ocupa, el apartado siete de dicho artículo único dispone literalmente: “Se añade un párrafo tercero en el apartado 2 del artículo 790, que queda redactado del siguiente modo: “Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.”

A este tenor literal de la ley hay que añadir, para una mejor comprensión de la reforma, lo dispuesto en el apartado ocho del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que literalmente expresa lo siguiente: “La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.”

2.2 Aproximación al concepto.

No se podría explicar bien la institución de la apelación sin hacer antes una breve referencia a los llamados medios de impugnación.

La existencia de estos se debe al hecho de que las resoluciones judiciales, aun estando regidas por los sólidos principios establecidos en las leyes y realizadas con la diligencia debida, pueden presentar en algunas ocasiones fallos o errores.

Estos fallos o errores pueden llegar a perjudicar el fin último perseguido por las partes, ya sea la satisfacción de un interés, la protección de un bien jurídico determinado o la realización de cualquier derecho que se entienda, por parte de su titular, como legítimo.

Así, ETXEBERRÍA GURIDI afirma que “el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes una serie de instrumentos legales, los medios de impugnación, con el objeto de que aquellas puedan instar la modificación o anulación de lo resuelto.”³

Puede darse también la situación de que, aun reuniendo esa resolución todos los requisitos establecidos por las leyes y no existiendo ningún fallo o error, no resulten satisfactorias para las pretensiones de una de las partes implicadas en el proceso, motivo por el cual requiere que se vuelvan a valorar los hechos, circunstancias o razones que hayan motivada la resolución no deseada.

Para solucionar los retos ocasionados por las dos situaciones anteriormente expuestas, existen los medios de impugnación, los cuales buscan modificar o revocar estas resoluciones.

Por ende, los recursos son un instrumento jurídico clave actualmente en la configuración del sistema procesal de un Estado Democrático y de Derecho como el nuestro, ya que se incluye dentro del elenco de garantías que todo proceso debe de tener para garantizar la buena realización de la justicia bajo el respeto absoluto a los derechos de los que todo imputado (actualmente investigado) dispone.

La Constitución Española de 1978 (CE) regula en su artículo 24 los fundamentos de la tutela judicial efectiva, afirmándose que en nuestro país existe el derecho al recurso, pero

³ ETXEBERRÍA GURIDI, José F., con MONTERO AROCA, Juan, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 458

esta afirmación constitucional no debe ser interpretada en un sentido amplio, sino restringido, ya que a lo que se tiene derecho es al recurso legalmente establecido, es decir, será la ley procesal del orden correspondiente la que nos indique qué recursos están disponibles, para qué resoluciones lo están y cuáles serán sus plazos y requisitos⁴, siempre sobre la base de que “el Tribunal Constitucional viene reiteradamente señalando que el derecho al recurso, cuando se refiere al proceso penal es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.”⁵

Por lo tanto no siempre se va a poder recurrir una resolución judicial, sólo cuando así se haya previsto legalmente, con las excepciones anteriormente mencionadas de las sentencias penales condenatorias, puesto que “el ejercicio del derecho de acceso a los recursos establecidos dependerá de los requisitos que el mismo legislador fije en las leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, teniendo en cuenta que este derecho se refuerza cuando estamos en el ámbito del proceso penal, puesto que toda sentencia condenatoria de primer grado ha de ser susceptible de recurso ante un tribunal superior.”⁶

El recurso de apelación es, en una definición sencilla y acotada, “el recurso arquetípico en el sistema de doble instancia, ordinario y devolutivo, a través del cual la parte recurrente pretende que sean reformadas resoluciones judiciales dictadas por los órganos que conocen en primera instancia”⁷. Nota esencial de ello es el gravamen; esto es que exista una parte que se ve perjudicada por una resolución judicial, que pide a un tribunal superior que revise y modifique esa resolución.

⁴ El TC en sus sentencias 43/2000, de 14 de febrero y 81/2001, de 26 de marzo, perfila y configura el artículo 24 CE en lo relativo al acceso al recurso previsto legalmente.

⁵ CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía., *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada: Comares, 1996, pp. 15

⁶ ALLUÉ, Alfredo., DURÁN ALBA, Juan Fernando., MATIA, Edmundo., MORETÓN, Arancha., ORTEGA, Carlos., REDONDO Ana., DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., RUIZ LEGAZPI, Ana., SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar., VIDAL, Camino., *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Valladolid: Thomson Reuters Lex Nova, 2013, pp.675

⁷ Definición extraída del sitio web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/recurso-de-apelaci%C3%B3n/recurso-de-apelaci%C3%B3n.htm>

De esta definición es importante también destacar la idea expuesta de su carácter “devolutivo” ya que eso nos permite encuadrar a este recurso entre los resueltos por un órgano judicial jerárquicamente superior al que dictó la resolución recurrida”⁸.

No se puede pasar por alto tampoco otra de las notas fundamentales que configuran a los recursos, que es su calificación como recurso ordinario o extraordinario, siendo así los ordinarios –como es el de apelación- aquellos en los que “la ley no establece un número tasado de motivos que fundamenten la admisión del recurso, siendo suficiente la alegación de un gravamen causado por la resolución impugnada”⁹.

El recurso de apelación penal, aparece regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), y encuentra también sustento en diversos tratados o instrumentos supranacionales: así, el artículo 14.5 de El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 dice textualmente: “ Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto por ley”; y el artículo 2.1 del Protocolo N°7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que reza: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.” Sin embargo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no recoge específicamente una mención en este sentido, aunque podría considerarse que lo hace en sentido amplio cuando en su art.48 consagra la protección a los derechos de defensa y también al entenderse que “la Carta está fuertemente interrelacionada con el sistema europeo de protección de los derechos con el CEDH y con la consolidada aportación jurisprudencial del TEDH”¹⁰.

A día de hoy son susceptibles de ser recurridas en apelación cualquier sentencia condenatoria, asegurándose así el derecho a la doble instancia penal y a la revisión de las sentencias condenatorias.

⁸ ETXEBERRIA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, op.cit., pp. 462

⁹ ETXEBERRIA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, op.cit., pp. 464

¹⁰ ALLUE BUIZA, Alfredo., CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio., LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO. Alicia., MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique Jesús., *Derecho Básico de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2011, pp.45

Pero esto no ha sido siempre así y por ello España ha sido amonestada en el pasado en numerosas ocasiones por organismos internacionales, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ante éste último, se ha cuestionado a través de quejas contra España, hasta en trece ocasiones la adecuación de nuestro sistema procesal penal al art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La razón de las mismas se fundamentan en “una triple problemática que va desde la previsión de un instrumento de ataque *a priori* insuficiente a los efectos de cumplir con la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria (procesos de instancia única con recurso extraordinario), hasta la falta relativa de impugnación (procesos de doble con una primera sentencia y una segunda condenatoria y firme), pasando, claro es, por la que se concretaría en la ausencia absoluta de medios similares (procesos de instancia única sin posibilidad de recurso alguno en el caso de ciertos aforados)”.¹¹

Por lo tanto, nuestro país ha sufrido reclamaciones en numerosas ocasiones por incumplir el derecho que tiene toda persona a que su fallo condenatorio¹² y su pena sean revisados por un tribunal superior, fundamentalmente debido a la no disposición en aquel momento de mecanismos procesales para ello, principalmente en los procesos en los que intervenían órganos colegiados (Audiencia Provincial, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas).

A día de hoy, esta problemática expuesta ya ha sido corregida a través de la reforma legal de 2015, quedando así, nuestro sistema en plena concordancia con el Convenio de Nueva York. Con anterioridad a dicha reforma la jurisprudencia de nuestros Tribunales había adoptado una posición generosa a la hora de flexibilizar los requisitos de un recurso extraordinario, como la casación, a las exigencias derivadas del doble grado de jurisdicción,

¹¹ CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía, “Quince años de decisiones del comité de derechos humanos de naciones unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior” en ARANGÜENA FANEGO, Coral, SANZ MORÁN, Ángel José, *La Reforma de la Justicia Penal*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp.276

¹² Sin embargo, en lo esencial, la regulación española anterior a la reforma sí cumplía las exigencias de doble grado de jurisdicción tal y como exige el CEDH en relación al art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio, razón por la cual España no fue nunca condenada por el TEDH por este motivo, aunque sí que lo fuera en lo relativo al art. 6.1 del Convenio por la violación del Principio de Inmediación.

al punto de que en las resoluciones del propio Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas aparecen algunas de inadmisión de las demandas donde se denunciaba la violación del derecho garantizado por el art. 14.5 del PIDCP; por ejemplo la queja presentada por Luis Pascual Estevill o la queja formulada por Rafael Pérez Escolar, la cual fue desestimada.

ASENCIO MELLADO señala que el mandato que la CE hace al legislador en materia de recursos procesales se sostiene sobre la base de que una vez configurados estos como el legislador estime oportuno, “los mismos han de ser de fácil acceso y su aplicación no ser nunca interpretada de forma restrictiva”¹³. Junto a lo anterior, añade además que, la adhesión de España a los instrumentos internacionales que son mencionados en el párrafo anterior, hace que se pueda afirmar el derecho al recurso en el ordenamiento jurídico español tiene carácter absoluto.

Para ARMENTA DEU, la configuración actual del recurso de apelación en el ordenamiento procesal penal español da lugar a una segunda instancia y por lo tanto a “un nuevo enjuiciamiento sobre el objeto procesal debatido durante la primera instancia, si bien con carácter limitado”¹⁴. Así, tras la reforma del año 2015 esta segunda instancia penal garantiza que toda persona que haya resultado condenada en un proceso previo pueda optar a que un tribunal diferente revise el objeto de enjuiciamiento, respetando en todo caso el derecho del acusado a que sus declaraciones y en todo caso otros medios probatorios (prueba testifical o pericial) sean practicadas nuevamente ante el órgano *ad quem* con el fin de respetar los principios de contradicción e inmediación.

¹³ ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp.319

¹⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 334

2.1.1 El principio de inmediación en el proceso penal.

Para una mejor comprensión del objeto de estudio de este trabajo, es necesario precisar el principio de inmediación, cuyo cumplimiento pleno va a intentar garantizar la Ley 41/2015, de 5 octubre.

En palabras de SOSPEDRA NAVAS, el principio de inmediación “implica la necesaria presencia del juzgador en todas las actuaciones so pena de nulidad (art. 137 LEC)”¹⁵, definición que completa CALDERÓN CUADRADO al referirse a este principio como “presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas”¹⁶.

La importancia de este principio radica, en relación al proceso penal y al objeto de nuestro trabajo, en que es un principio que debe de regir también en todas las fases del proceso; por lo tanto también en la fase de apelación.

Será en esta última donde se ha dado durante años en nuestro país la problemática respecto a la falta de respeto de este principio, ya que antes de la reforma legal que se analiza en este trabajo se permitía, al no existir las limitaciones establecidas por esta nueva ley, una nueva valoración de las pruebas personales practicadas en primera instancia por parte del tribunal de apelación sin la necesidad de la celebración de una nueva vista donde se volviera a realizar la práctica de la prueba para dictar posteriormente sentencia.

Es de especial importancia destacar las consecuencias que tenía la regulación anterior a la reforma de 2015 cuando las pruebas que se iban a volver a valorar por el tribunal *ad quem* eran de carácter personal, ya que éstas se valorarían de nuevo sin dar voz a la persona y basándose exclusivamente en lo practicado en primera instancia, es decir, el tribunal que dictaba sentencia lo hacía sobre la base de unas pruebas practicadas ante otro órgano judicial distinto.

Por lo tanto no se puede extraer una conclusión respecto al principio de inmediación y su incidencia en la fase de apelación que no sea que “es evidente que la inmediación debe exigirse también en la segunda instancia”¹⁷.

¹⁵ SOSPEDRA NAVAS, Francisco J, *Tratado práctico del Proceso Civil*, Navarra: Aranzadi, 2008, pp. 55

¹⁶ CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía, *La Segunda Instancia Penal*, Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 59

¹⁷ CALDERÓN CUADRADO, *La Segunda Instancia Penal*, op.cit., pp. 60

Por ello, la vulneración de este principio en el proceso penal estaría poniendo en peligro las garantías constitucionales de las que goza todo encausado en un proceso. En esta línea garantista se postula GIMENO SENDRA, al afirmar que, “la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al tratarse de un vicio «in procedendo», ha de conllevar la nulidad de la sentencia y de las actuaciones practicadas”¹⁸

2.1.2 Resoluciones recurribles en apelación.

Aunque este trabajo se centra en la reforma de la apelación penal producida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre y, en consecuencia, en la generalización de la segunda instancia penal admitiendo la posibilidad de recurso frente a cualquier sentencia, conviene recordar que el recurso de apelación cabe no sólo contra este tipo de resoluciones definitivas sino contra todas las siguientes:

A) Resoluciones interlocutorias

Hay que hacer previamente una distinción con respecto al tipo de procedimiento en el que sean dictadas, así, si estamos en el procedimiento abreviado o en el de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, estas resoluciones podrán ser apelables siempre que no estén exceptuadas de recurso (art.766.1 LECrim), mientras que si han sido adoptadas en el procedimiento ordinario, se podrán apelar únicamente en los casos determinados por la Ley (art. 217 LECrim).

B) Autos definitivos

Son aquellos autos que impiden la continuación del proceso y por ello ponen fin al mismo. Estos autos son recurribles en apelación en tanto sean definitivos, ya que posteriormente cuando adquieran firmeza desplegarán efecto de cosa juzgada.

Ejemplo de este tipo de autos serían los autos de sobreseimiento libre y los autos que dispongan la finalización del proceso al resolver una cuestión previa por falta de jurisdicción.

¹⁸ GIMENO SENDRA. V. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters. Pamplona, 2012, pp. 107

C) Sentencias

Podrán ser recurridas en apelación todas las sentencias definitivas. Con respecto a ello es clave los efectos producidos por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ya que ésta generalizó la segunda instancia penal permitiendo así que todas las sentencias definitivas sean recurribles en apelación, ya que hasta la promulgación de esta ley las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional carecían de acceso a este recurso.

2.1.3 *Motivos de apelación.*

El escrito de interposición del recurso expresará la razón o razones por las cuales se considera que la sentencia debe de ser revisada, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal sintetiza en tres:

A) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales.

Este motivo tiene su fundamento en la posible situación de indefensión que se puede crear cuando la resolución que se quiere recurrir está viciada presuntamente por defectos procesales, para hacer valer este motivo la parte recurrente deberá alegar qué normas procesales cree que han sido violadas y cómo éstas han llegado a afectar a la situación del procesado para provocarle una situación de indefensión. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara y concisa en esta materia en relación a que no es suficiente con hacer ver al órgano jurisdiccional que hay o ha habido un quebrantamiento de normas procesales, es decir, no sirve la mera mención, sino que es necesario demostrar su incidencia en el proceso y en la situación de indefensión, siendo causante el órgano jurisdiccional encargado de la misma.¹⁹

B) Error en la apreciación/valoración de la prueba.

¹⁹ STC 5/2004, de 16 de enero.

Motivo especialmente afectado por la reforma llevada a cabo en el año 2015, en virtud de la cual se dio una nueva configuración legal al recurso de apelación, que constituye, precisamente, el objeto de nuestro estudio. Este motivo se basa en la convicción de la parte recurrente de la existencia de una mala apreciación, valoración o interpretación de los elementos probatorios por el tribunal y por ello, la convicción de la parte de que esta situación le genera un grave perjuicio.

De especial trascendencia será cuando la prueba sobre la que puede existir el error de valoración sean pruebas de carácter personal.

C) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

Al alegar este motivo el recurrente no está ya haciendo una llamada a una infracción generalizada del Ordenamiento Jurídico (incluidas las normas de carácter procesal) sino que está fundamentando el motivo de la apelación en la infracción de normas materiales o sustantivas, consistente, por lo general, en una incorrecta subsunción de los hechos en la norma penal.

2.1.4 Órgano *a quo* y órgano *ad quem*.

La existencia de dos órganos jurisdiccionales diferentes en el proceso de apelación de una resolución es una clara manifestación del carácter devolutivo de este recurso, así para ello intervendrán en el proceso dos órganos diferenciados: el órgano *a quo*, que es el órgano que dictó la resolución que la parte o partes quieren impugnar; y el órgano *ad quem*, que es el órgano superior al anterior, que conocerá del recurso y por tanto resolverá las pretensiones en él establecidas.

Es importante aclarar y para ellos nos servimos de las palabras de TOMÉ GARCÍA, que “la facultad que tiene el tribunal *ad quem* es la de revisar lo actuado por el juez *a quo*, pero siempre sobre la base de lo juzgado en la primera instancia. No es posible que se puedan

introducir nuevas pretensiones o plantear cuestiones nuevas o temas que no hayan sido objeto de controversia en la primera instancia.”²⁰

2.1.5 *La proposición de pruebas en la fase de apelación.*

En el escrito de interposición del recurso de apelación es necesario, si se diese el caso, la práctica de la prueba proponiendo los medios probatorios que la parte recurrente estime oportunos.

La facultad de proposición de prueba en esta fase, una vez superada ya la vista oral de primera instancia es muy extensa, así podrán ser propuestas para su posterior práctica aquellas que “no pudieron proponerse en primera instancia, que fueron indebidamente denegadas en su práctica en la instancia o de aquellos otros que habiéndose admitido en primera instancia no pudieron practicarse por causas ajenas al recurrente.”²¹

Sin embargo, a pesar de que la posibilidad de proposición de prueba sea extensa, será necesario razonar la necesidad de la admisión de esos nuevos medios probatorios y justificar su necesaria práctica en la vista de apelación, no admitiéndose por tanto aquellas pruebas que sean repetitivas de las ya practicadas en instancia o que sean innecesarias con respecto al objeto del proceso.

En cualquier caso, el principio acusatorio impone un límite infranqueable por el cual no podrán admitirse nuevas pruebas que desborden el objeto procesal de la vista de primera instancia, por lo tanto en la práctica de pruebas en fase de apelación éstas deben afectar de forma exclusiva a los hechos y acusaciones esgrimidos en instancia.

²⁰ TOMÉ GARCÍA, A. *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal. Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013*, edit. Colex, Madrid, 2013. Pág 28.

²¹ MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 606

2.1.6 *La sentencia de apelación*

La sentencia de apelación será dictada dentro de los cinco días según establece el artículo 792 de la Ley o de tres días si estamos en el supuesto del artículo 803 de la misma (sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal).

Sin embargo, la sentencia va a ser distinta con respecto a sus efectos, según cuál sea el motivo que alegue la parte al formular la apelación.

A) Quebrantamiento de forma.

El Tribunal de apelación ante un recurso fundamentado en un quebrantamiento de forma ordenará que el procedimiento se reponga hasta el momento procesal en el cual tuvo lugar dicho quebrantamiento sin entrar en el fondo del asunto.

Con el fin de no perjudicar aquellos actos que resultasen de idéntico contenido si el quebrantamiento no se hubiese producido, la ley prevé que estos puedan ser conservados.

B) Infracción de norma material o sustantiva

Puesto que la infracción se fundamenta en la norma material aplicable al caso enjuiciado, el órgano de apelación revocará la sentencia recurrida y procederá a dictar otra, esta vez aplicando correctamente la norma material.

C) Error en la valoración de la prueba

En esta situación, habrá que estar ante si el recurrente es la parte acusadora o la parte acusada en primera instancia, ya que en la primera de las situaciones, será de aplicación lo dispuesto en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la apelación contra sentencias absolutorias, que es el objeto de este trabajo.

Así, en palabras de CORTES DOMÍNGUEZ cuando estamos ante la situación descrita en el apartado anterior “el órgano de apelación no actuará en ningún caso como órgano de

segunda instancia sino como órgano de impugnación, pues la Ley le impide dictar sentencia haciendo otra valoración probatoria más racional o razonable”.²²

Sin embargo, si la parte recurrente no es la acusadora, no existirán estas limitaciones legales derivadas de la nueva redacción del artículo 792 LECrim a la hora de recurrir en apelación.

3. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA REFORMA DE 2015.

La reforma llevada a cabo en el año 2015 tiene su origen en la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante los años antecedentes al cambio legal. Por tanto en las siguientes líneas se analizarán diversas sentencias de estos tribunales y también de la Sala Segunda del Tribunal Supremo donde se pueda apreciar de forma clara esta jurisprudencia.

3.1 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido clave y fundamental a la hora de llegar a la configuración legal actual de la apelación, y para entender mejor esa doctrina se van a analizar algunos de los casos más llamativos.

En dichos supuestos España resultó condenada por el Tribunal por no conceder vista a los encausados en la fase de apelación y por tanto por violación del 6.1 CEDH.

- SSTEDH de 10 de marzo de 2009 – Caso Igual Coll contra España.

²² CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, op.cit., pp. 606

Antes de proceder a estudiar los razonamientos jurídicos esta sentencia del Tribunal Europeo y sus consecuencias con respecto a la apelación penal, es necesario, a modo de introducción, explicar las circunstancias de este caso.

César Igual Coll es un ciudadano español que, fruto de un proceso judicial de divorcio con su pareja, estaba obligado al pago de una determinada cantidad de dinero para el hijo de ambos, que fue abonada de forma constante y regular durante un largo período de tiempo. Sin embargo, entre los años 1998 y 2000 dejó de pagar dicha pensión, motivo que provocó que su ya ex pareja decidiera emprender acciones penales contra él por un presunto delito de abandono de familia.

El Señor Igual Coll, entonces demandado, fue procesado por el Juzgado de lo Penal número 10 de Valencia, órgano ante el cual se celebró vista pública en presencia del encausado y que dictó sentencia absolutoria. En su motivación entendía el órgano jurisdiccional que concurría el elemento objetivo del impago en vista de los extractos bancarios, pero también que el elemento subjetivo (intencionalidad en el impago) necesario para establecer una condena por este delito no existía. Sin embargo, su ex pareja recurrió en apelación al considerar que sí que concurría dicho elemento subjetivo y por lo tanto pedía a la Audiencia Provincial de Valencia que revocara la sentencia absolutoria y condenara al Señor Coll. La Audiencia lo estimó y dictó sentencia condenatoria sin celebración de vista pública, ya que fue rechazada por este órgano pese a haber sido solicitada por la representación de su ex pareja. Ninguna de las dos partes impugnó esa decisión.

Este último motivo, la ausencia de vista en apelación, llevó al Señor Coll a presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en base a violaciones de los derechos recogidos en el artículo 24 CE. El recurso fue rechazado por el Tribunal, argumentando que no era constitutivo de una violación de los derechos procesales el hecho de no haber celebrado vista pública, ya que no era necesario según las características concretas de ese proceso penal, habiendo existido vista en primera instancia ante el Juzgado de lo Penal, no requiriendo la misma las pruebas examinadas (extractos bancarios y expedientes documentales de su búsqueda activa de empleo).

Una vez agotada las vías internas de nuestro Derecho, es decir, la vía de amparo constitucional, el condenado procedió a formular demanda ante el TEDH invocando una presunta violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que superado el trámite de admisibilidad fue admitida.

En el trámite de alegaciones el Señor Igual Coll (de ahora en adelante “el demandante”, pues interpuso la demanda en el TEDH) alega que en la apelación se pedía por parte de su

expareja una revisión de elementos no sólo objetivos sino también subjetivos y personales (análisis del comportamiento pasivo del Señor Igual Coll a la hora de persistir en la situación del impago de la pensión), ya que el tipo penal en ese momento así lo exigía. Con base en lo anterior él consideró que si se entraba a analizar de nuevo elementos personales, era plenamente necesario que él fuera oído y escuchado en una nueva vista.

El Tribunal Europeo resolvió que, sí que había existido una violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo, ya que estimó que en este caso sí que tenía que haberse celebrado una nueva vista, pues las cuestiones hacia las cuales se estaba enfocando la solicitud ante la Audiencia no eran sólo cuestiones de derecho sino que también de hecho.

Se trataba de cuestiones de hecho porque fueron objeto de tratamiento por parte de la Audiencia el comportamiento del procesado y también sus intenciones en relación con el impago de la pensión, es decir, lo que hizo el tribunal *ad quem* fue entrar a realizar una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia en base a elementos personales y subjetivos. La valoración por tanto que *a posteriori* hizo la Audiencia iba más allá de lo que podía ser una simple valoración jurídica del precepto del Código Penal a aplicar al caso concreto.

El Tribunal se pronuncia sobre el asunto de la siguiente manera; “El Tribunal constata que la Audiencia Provincial no sólo tuvo en cuenta el elemento objetivo del delito, en consecuencia el impago de la pensión sino también examinó las intenciones y el comportamiento del demandante, así como las posibilidades de obtener ingresos más elevados debido a su formación profesional. En opinión del Tribunal, dicho examen difícilmente puede ser considerado como referente sólo a cuestiones de derecho. En efecto, implica, por sus características, posicionarse ante hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante.” y “el alcance del examen efectuado por la Audiencia en este caso condujo al Tribunal a considerar que la celebración de una vista pública era indispensable. En efecto, la Audiencia no se limitó a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del Juez a quo respecto a un conjunto de elementos objetivos, sino que efectuó una nueva apreciación de los hechos probados en primera instancia y los reconsideró, cuestión que va más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En consecuencia, la jurisdicción de recurso condujo a conocer el asunto de hecho y en derecho”.

Por ello, concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sí que era necesario celebrar de nuevo una vista. Con base en este fallo, el TEDH condena a España a abonar una cantidad cercana a los 6000 euros por los daños ocasionados al Señor Igual Coll.

En definitiva el TEDH a través de esta sentencia se reafirma en su doctrina por la cual confirma que sí que es necesario dar audiencia al procesado y escucharle cuando se está ante una demanda de apelación cuyo objeto es revisar sentencias absolutorias sustentadas sobre los hechos y elementos probatorios, ya que si no se podrían producir de nuevo violaciones del CEDH.

- SSTDH de 16 de noviembre de 2010 - Caso García Hernández contra España

Al igual que en la sentencia analizada anteriormente, primero se va a proceder a situar el contexto en el cual surgió este proceso ante el TEDH.

Isabel García Hernández, médico de profesión, se enfrentó a un procedimiento penal en el año 2004 acusada de un delito de lesiones por imprudencia por, durante su turno como médico de urgencias, no haber administrado correctamente la dosis de antibióticos que requería uno de sus pacientes.

En dicho procedimiento se celebró vista pública y resultó absuelta, es decir, fue absuelta en primera instancia. Para ello, el Juzgado de lo Penal nº3 de Murcia, se basó en las testificales de varios médicos del mismo centro de salud que ratificaron la buena praxis seguida por la encausada, en definitiva, no hubo prueba de cargo suficiente que demostrara que la praxis de la doctora ocasionara las lesiones producidas (amputación de dos dedos de una mano).

Sin embargo, la parte acusadora recurrió en apelación la absolución de la doctora ante la Audiencia Provincial de Murcia, la cual sin celebrar vista pública, revocó la sentencia de instancia al considerar que el protocolo y el comportamiento seguido por la Señora García Hernández no fueron los apropiados y condenó a la doctora por una falta de lesiones por imprudencia a pena de multa y el correspondiente abono de la responsabilidad civil derivada del delito.

Ante esta situación, la condenada recurrió en amparo al Tribunal Constitucional invocando el art. 24 CE al considerar que la no celebración de una nueva vista había violado su derecho a un proceso justo, no siendo admitido éste al entender que su caso carecía de relevancia constitucional, recordando a la parte demandante de amparo que la Audiencia Provincial disponía de plenas facultades jurisdiccionales para poder volver a realizar una nueva valoración probatoria de las pruebas siempre que se respeten los derechos recogidos en el precepto constitucional antes mencionado, es decir, publicidad, contradicción e inmediación.

El Tribunal termina dictaminando que al no haberse modificado los hechos declarados probados en instancia y haberse sólo realizado una nueva valoración jurídica de los mismos, no hacía falta la celebración de una nueva vista y por ende no había existido una violación del principio de inmediación.

En vista de la respuesta del TC, García Hernández decidió entonces interponer demanda contra España ante el TEDH por violación del art. 6.1 del CEDH, resultando partes de este proceso, de un lado ella y por otra el Reino de España representado por la Abogacía del Estado.

La diferencia de tesis entre las dos partes fue clara. La representación de la doctora sostenía que la Audiencia Provincial había valorado de nuevo los hechos declarados probados en instancia sin celebrar audiencia pública, mientras que la Abogacía del Estado sostiene, con base en la sentencia del TC 167/2002, de 18 de septiembre, que la Audiencia se basó exclusivamente en elementos probatorios documentales aceptando los hechos declarados probados en instancia y por tanto no hacía falta celebrar nueva vista.

El TEDH dictó sentencia recordando a las partes que, según su reciente jurisprudencia, la vista pública en la fase de apelación no va ser siempre necesaria, pues va a depender del procedimiento en concreto y de las facultades que los órganos de apelación tengan reconocidas en su derecho interno. Sin embargo, el Tribunal destaca de manera fehaciente que, “la audiencia se revelaba necesaria cuando la jurisdicción de apelación efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos, se imponía una audiencia antes de llegar a un juicio sobre la culpabilidad del demandante”.

En vista de lo anterior, concluye el Tribunal que la Audiencia Provincial no revocó la sentencia de instancia por una cuestión estrictamente jurídica, sino que entró a valorar nuevamente elementos de hecho (el comportamiento, la praxis y el protocolo seguido por la doctora) y que por ello en este caso sí que hubiera sido necesaria la celebración de una nueva vista pública, para así poder escuchar, en un debate contradictorio, de nuevo los testimonios de la doctora y del resto de médicos del centro, los cuales eran elementos clave para determinar la existencia y/o el grado de negligencia. España resultó condenada por violación del art. 6.1 CEDH.

A la vista también de este fallo del TEDH podemos apreciar que el Tribunal es claro a la hora de considerar que, cuando se procede a valorar de nuevo los hechos declarados

probados y en conexión a ellos, estos se basan en pruebas de carácter personal, la celebración de audiencia pública es siempre necesaria, pues de no ser así, el tribunal de apelación estaría valorando elementos personales práctica única y exclusivamente ante el juez de primera instancia, quebrando así el principio de inmediación.

- SSTEDH de 21 de septiembre de 2010 – Caso Marcos Barrios contra España

Manuel Ángel Marcos Barrios fue acusado de asesinato siendo menor de edad en el momento de producirse los hechos que dieron lugar a su imputación, siendo absuelto en primera instancia por el Juez de Menores de León, el cual se basó en dos argumentos; el primero de ellos es que se había acordado por el Juez de Instrucción la intervención de líneas telefónicas (entre ellas las del acusado) cuando éste órgano no era el competente pues Marcos Barrios en ese momento era menor de edad. El segundo fue la existencia de contradicciones en las declaraciones en audiencia pública de uno de los testigos de cargo, que a su vez también estaba acusado por estos mismos hechos y cuya declaración varió entre la fase de instrucción del caso y la vista oral, donde el testigo sí pudo discutir sobre esas declaraciones.

Posteriormente las partes acusadoras (Ministerio Fiscal y acusación particular) recurrieron en apelación solicitando a la Audiencia Provincial de León la práctica de nuevas pruebas en una nueva vista pública, petición que fue rechazada por la Audiencia al considerar ésta que no entraba en el supuesto recogido en el art. 795 (ahora 790) de la LECrim.

En vista de lo anterior la Audiencia Provincial de León dictó sentencia sin que se llegara a celebrar la vista oral y condenó a Marcos Barrios como autor de un delito de asesinato, condena que tuvo fundamento en las declaraciones que el testigo de cargo anteriormente mencionado y coacusado había realizado ante la Policía Nacional, el Fiscal de Menores y el Juzgado de Instrucción, declaraciones que incriminaban a Marcos Barrios en la autoría del asesinato y que el órgano de apelación sí que considero plenamente coherentes y descriptivas en relación con los hechos. El tribunal de apelación por tanto consideró y valoró de forma diferente a como lo había hecho el órgano de instancia las declaraciones testificales.

El acusado recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando una violación del art.24 CE al considerar que la no celebración de audiencia pública había lesionado su

derecho a un proceso equitativo y justo. El Tribunal concluyó que la Audiencia de León no había valorado nuevamente las declaraciones del testigo sino que simplemente las había otorgado una importancia distinta a la que le otorgó el órgano de primera instancia y por ello, y basándose en la jurisprudencia del propio tribunal (STC 167/2002, de 18 de septiembre), en este caso concreto no era necesaria la celebración de vista pública.

Al ser rechazado el amparo por el TC, el condenado recurrió ante el TEDH contra España por violación del art 6.1 del CEDH alegando no haber sido escuchado personalmente en la fase de apelación, mientras que la Abogacía del Estado (representante de España en este litigio) consideró que lo que había hecho el órgano de apelación era sólo cambiar la importancia valorativa otorgada a la lectura íntegra, no una nueva valoración de los hechos que necesitara vista pública nueva.

El TEDH consideró que era necesario observar si acorde a su jurisprudencia (entre ellos los casos analizados en este epígrafe anteriormente) en este caso concreto era necesaria la celebración de una nueva vista, ya que no siempre es preceptiva.

Las conclusiones del fueron que efectivamente sí hubo un cambio de apreciación de las declaraciones litigiosas y que efectivamente se trataba de una cuestión que era fáctica y no estrictamente jurídica, por lo que era plenamente necesaria la celebración de audiencia pública. La no celebración de ésta provocó que el ahora demandante no pudiera ser escuchado personalmente ni pudiera tampoco discutir en procedimiento público y contradictorio estas declaraciones. Por ello el Tribunal considera que existió una violación del art. 6.1 del Convenio y España fue condenada nuevamente.

- SSTEDH de 13 de junio de 2017 – Caso Atutxa contra España.

Pese a que este caso es de relativa actualidad (el TEDH resolvió en el año 2017) los hechos que dieron lugar a este proceso acontecieron antes de la reforma del año 2015, por lo que se analizará en este apartado.

En el año 2003, y en base a la Ley de Partidos (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos), el Tribunal Supremo ordenó la disolución de varios grupos parlamentarios del Parlamento del País Vasco por su conexión con el entorno de ETA, ya que varios de esos partidos (Herri Batasuna y Euskal Herritarrok) habían sido declarados ilegales por dicha ley.

Los demandantes ante el TEDH ostentaban en ese momento los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretaria del Parlamento Vasco, los cuales se negaron a dar cumplimiento al mandato del alto Tribunal ya que el Reglamento de la Cámara vasca exigía previa votación de la Junta de Portavoces, cuyo voto fue negativo, para tramitar esta decisión, motivo por el cual fueron procesados al entender las partes acusadoras (Fiscalía y acusación popular) que podría existir un posible delito de desobediencia a la autoridad judicial.

El órgano encargado del enjuiciamiento fue el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), ante el cual se practicaron los pertinentes medios de prueba, entre ellos la testifical de los acusados. Una vez finalizado el acto del juicio oral, el TSJPV dictó sentencia absolutoria al no apreciar la existencia de delito.

La acusación popular, que era ya la única parte acusadora puesto que el Ministerio Fiscal declinó recurrir la decisión, recurrió en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la cual admitió el recurso y celebró vista pública con los representantes de los ahora demandantes ante el TEDH, pero sin la presencia física de los mismos, razón por la cual estos no fueron escuchados personalmente por los miembros del Tribunal.

El TS anuló la sentencia absolutoria de primera instancia y condenó a los acusados por un delito de desobediencia a penas de inhabilitación para empleo o cargo público y penas de multa al entender que la verdadera voluntad había sido la de desobedecer la orden de disolución.

Los condenados recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional al entender que se había vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución en relación con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ya que su testimonio personal era clave para determinar el tipo subjetivo del hecho, pero el tribunal de garantías desestimó esta pretensión al entender que “ni era constitucionalmente exigible que los demandados fueran oídos en la vista de casación (...) ni tal omisión, dada la índole de las cuestiones que fueron planteadas por la acusación y debían resolverse en el recurso, supuso una privación o una limitación del derecho de defensa, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión adoptada.”

Sin embargo, cuatro de los magistrados redactaron un voto particular, el cual rezaba en resumen de esta manera; “Es cierto que la condena en segunda instancia no ha procedido a una modificación de los hechos probados de la Sentencia revocada (...), sí ha reconsiderado el significado de tales hechos para derivar la presencia del elemento subjetivo de la voluntad de incumplimiento del requerimiento judicial; y en esta reconsideración, se han seleccionado unos datos y excluidos otros (...), lo que

propriadamente significa también modificarlos porque quedan descontextualizados del conjunto de lo actuado con inmediación en jurisdicción plena en instancia. Además, la “reconsideración” de los hechos ha incidido también sobre cuestiones que habían sido objeto de declaraciones de diversos testigos y de los propios acusados, como era el aspecto crucial sobre la real voluntad de los condenados de encontrar una vía de ejecución del requerimiento judicial y la ausencia de cualquier intención de encubrir su rechazo (...)”

Frente a la negativa del TC, los condenados recurrieron ante el TEDH al entender que se había vulnerado en su caso el artículo 6.1 del CEDH, ya que el Tribunal Supremo según su entender no se había limitado sólo a modificar la calificación jurídica de los hechos sino que también había modificado el relato de hechos probados, todo ellos sin oírles personalmente en la fase de casación.

EL TEDH resolvió que efectivamente había existido una violación de dicho artículo, ya que “a los ojos del TEDH, el Tribunal Supremo se ha alejado de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le han permitido determinar la culpabilidad de los acusados. A este respecto, es preciso constatar que, cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, (como, en este caso, la existencia de una voluntad rebelde) es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados”.

Por ello el TEDH condenó nuevamente a España al considerar que sí que era necesario escuchar a los encausados en la fase de la vista de casación, ya que se trataba de un testimonio personal necesario para determinar el comportamiento y la conducta rebelde ante el cumplimiento de una resolución judicial, y que al no haber existido la posibilidad de que éste fuera escuchado ante el tribunal juzgador, se había producido una violación del principio de inmediación, lo que afectó severamente al derecho de defensa de los encausados.

3.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional resulta clave para entender los cambios producidos en el tratamiento del recurso de apelación contra sentencias absolutorias.

El Tribunal durante la última década ha ido perfilando y sentando jurisprudencia en esta materia, a través de la resolución de numerosos recursos de amparo presentados por ciudadanos que denunciaban posibles lesiones de sus derechos fundamentales.

Así, los demandantes de amparo por el cauce de este recurso van a poder impugnar cualquier acto que consideren lesivo de sus derechos fundamentales y libertades públicas ante el Tribunal Constitucional, incluidos los que son de importancia para este trabajo, es decir, los relativos al art. 24 CE.

El precepto constitucional anteriormente mencionado consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que ha sido objeto de matización e interpretación por el propio Tribunal, expresando así sus límites y alcance. Dicha tarea interpretativa es clave en nuestro sistema procesal penal, pues dentro de este precepto constitucional se encuentra el derecho a un proceso con todas las garantías y la prohibición de la indefensión.

En correlación con el objeto de estudio de este trabajo, la interpretación más determinante versará sobre las posibles violaciones de los derechos fundamentales y procesales de los acusados cuando se dé la situación de absolución en primera instancia y a través del recurso de apelación sean condenados sin haber podido ser escuchados en una nueva vista.

La relación existente entre la situación procesal expuesta en el párrafo anterior y los derechos fundamentales del art 24 CE es de suma importancia, puesto que una nueva sentencia de apelación condenatoria puede conllevar graves consecuencias al encausado, no sólo en el plano de la posible privación de libertad, sino por el descrédito y el desprestigio social que una pena de prisión pueden generar para su presente y para su futuro.

Reiterar así la labor imprescindible del Tribunal Constitucional a la hora de limitar el marco jurídico en el cual se puede condenar al procesado absuelto o se puede agravar la condena de primera instancia sin provocar ninguna lesión o ninguna violación de los derechos fundamentales y procesales, prevaleciendo así siempre los valores constitucionales en el proceso penal.

- STC 167/2002, de 18 de septiembre.

Para poder contextualizar correctamente y entender mejor la evolución histórica reciente del recurso de apelación penal, es importante hacer un estudio de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, mediante la cual el Tribunal Constitucional modificará la doctrina en esta materia.

La génesis de esta sentencia se fundamenta en un recurso de amparo presentado ante el Tribunal contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante. Ésta resolvió en apelación un recurso contra la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal nº2 de Alicante, revocando la decisión y dictando una nueva sentencia condenatoria.

La defensa del entonces condenado decidió solicitar amparo con base en diversos motivos, parte de ellos fundamentados en las actuaciones que tuvieron lugar durante la fase de instrucción, ya que en ésta se llevaron a cabo registros e intervenciones de comunicaciones que según la parte solicitante de amparo se llevaron a cabo sin la correspondiente autorización judicial. Además de por los motivos mencionados anteriormente, el recurso denunciaba una supuesta violación del principio de inmediación por parte del tribunal de apelación, con base a que la Audiencia Provincial entró a valorar medios probatorios que no habían sido practicados en el acto del juicio oral ante el Juez de lo Penal.

Para dar solución a todos los argumentos esgrimidos por la defensa, el Tribunal divide los fundamentos de la demanda de amparo en varios “bloques temáticos”, siendo el bloque que nos interesa para este estudio el cuarto bloque.

Habiendo abocado al Pleno del Tribunal el caso en aplicación del art.13 LOTC, el máximo intérprete Constitucional dictaminó: “en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y contradicción”.²³

El Tribunal fundamenta su decisión en la línea doctrinal seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyo importante exponente es también la sentencia de dicho Tribunal “Ekbatani contra Suecia”. En esta sentencia el Tribunal Europeo declara que la modificación de los hechos probados tras una nueva valoración probatoria sin

²³ STC 167/2002, de 18 de septiembre. Fundamento Jurídico (FJ): 1º

escuchar personalmente al acusado supone una violación del art 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El pleno del Tribunal Constitucional considera que no se ha respetado el principio de inmediación por la actuación seguida por la Audiencia y declara que cualquier valoración probatoria del órgano *ad quem* debe respetar las garantías establecidas en el artículo 24 de la Constitución.

Una vez expuesto el contexto y el fundamento de esa resolución hay que decir sin embargo, que esta sentencia de gran importancia jurídica contó con un voto particular que es necesario analizar de forma breve en estas líneas, el del magistrado GARCÍA CALVO Y MONTIEL.

Para este jurista era total la necesidad de adaptar la jurisprudencia del Tribunal en materia de apelación penal en concordancia con la línea jurisprudencial seguida por el TEDH relativa al art.6 CEDH, por lo tanto estaba de acuerdo en la finalidad de la resolución del recurso de amparo y de su trascendencia constitucional, no estando parcialmente de acuerdo con el resultado obtenido. Para ello se fundamenta en dos grandes cuestiones; la primera relativa a que considera que en el caso concreto a tratar la AP en ningún momento procedió a valorar nuevamente una prueba personal sino que se limitó a constatar la legalidad o no de las diligencias practicadas, es decir, la AP no entra a valorar de nuevo la veracidad o la credibilidad de las testificales practicadas. La segunda se centra en anteriores resoluciones del TEDH (por ejemplo: *Cooke contra Austria*²⁴ o *Tierce y otros contra San Marino*²⁵) que no imponen en todos los casos la estricta necesidad u obligatoriedad de celebrar vista pública ni tampoco que exista la necesidad de que el recurrente sea oído en la fase de apelación.

- STC 132/2009, de 1 de junio.

²⁴ SSTEDH de 8 de febrero de 2000, caso *Cooke c. Austria*.

²⁵ SSTEDH de 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros c. San Marino*.

En esta sentencia se resolvía un recurso de amparo que fue interpuesto contra una sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Jaén, por la que se revocaba la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de los Penal nº 1 de Jaén.

Al igual que en las sentencias analizadas con anterioridad, a continuación se va a proceder a explicar el contexto, tanto fáctico como jurídico, de esas resoluciones.

En primera instancia, el después recurrente de amparo constitucional, fue acusado por el Ministerio Fiscal de un presunto delito contra la ordenación del territorio. Al no ser suficientes las pruebas de cargo contra él, el órgano de instancia dictó sentencia absolutoria. El Ministerio Público, no quedó satisfecho con la anterior resolución y decidió impugnar el fallo interponiendo recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Jaén, dictándose sentencia el 4 de Diciembre de 2006, revocando la sentencia de primera instancia y condenando a D. Joaquín como autor de un delito contra la ordenación del territorio. La Audiencia añadió a los hechos ya probados que conforme a la Ley de Ordenación Urbana de Andalucía la edificación que el procesado llevó a cabo era no autorizable acorde a dicha ley. Por tanto, al quedar acreditado en los hechos probados según la Audiencia que la edificación no era autorizable y que, la nave fue construida con un fin industrial, se procedió a dictar sentencia condenatoria.

D. Joaquín, (a partir de ahora el recurrente) interpuso recurso de amparo por supuestas violaciones de los artículos 24.1 y 24.2 CE (proceso con todas las garantías, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva) y del artículo 25.1 CE (principio de legalidad penal), pero en base al objeto de estudio de este trabajo, el análisis se centrará en la vulneración de los derechos recogidos en los artículos 24.1 y 24.2 CE.

En lo que concierne a la violación del principio de inmediación a la hora de valorar los elementos probatorios, el escrito de interposición reza textualmente de la siguiente manera; “por el órgano judicial de apelación se ha revocado un pronunciamiento absolutorio valorando sin inmediación tres pruebas de carácter personal, como son el testimonio del acusado y el de los dos peritos que declararon en el juicio oral”; es decir, la Audiencia, basándose en los testimonios periciales de la vista oral de primera instancia procedió a revocar la sentencia absolutoria, sin respetar el principio de inmediación. Frente a esta concreta reclamación por parte del recurrente, el representante del Ministerio Fiscal también recogió en su escrito de alegaciones que esta valoración probatoria de pruebas personales sin ninguna vista pública sí que debía de ser susceptible de amparo constitucional por quedar delimitada a su juicio en la jurisprudencia establecida en la Sentencia de este mismo tribunal STC 167/2002, de 18 de septiembre.

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional citando en apoyo de su decisión la ya comentada en este trabajo sentencia precedente 167/2002, de 18 de septiembre, entiende que se debe de considerar vulnerado el derecho invocado por el recurrente (artículo 24. 2 CE), ya que la Audiencia Provincial de Jaén había condenado a D. Joaquín con base en los testimonios del acusado así como valorando los dictámenes prestados por peritos y especialistas (arquitectos, arquitectos técnicos, agentes del Servicio de Protección a la Naturaleza –SEPRONA- y un agente de la Policía Local de Jaén), que declararon en primera instancia ante el Juzgado de lo Penal sin que tales pruebas se hubieran practicado de nuevo como exigía el principio de inmediación.

Sin entrar en las demás materias demandadas por el recurrente (artículos 24.1 y 25.1 CE) que son irrelevantes al objeto de este trabajo, el Tribunal considera acreditado el extremo antes mencionado; “debemos declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del recurrente, por cuanto la Audiencia Provincial de Jaén ha fundado su sentencia condenatoria en una nueva valoración de los testimonios prestados en el juicio oral celebrado en primera instancia sin haberlos oído personalmente, desatendiendo por tanto el obligado respeto a las garantías de inmediación y contradicción. Así, por lo que respecta al testimonio del acusado, la Sentencia asume que éste promovió y construyó una nave que —frente a la conclusión del Juzgado, que no consideró probado ese aspecto—, tenía una finalidad industrial, y que por tanto no era susceptible de ser autorizada; y a esa conclusión se llega “sin perjuicio de que por el acusado en el acto del plenario se alegara que estaba destinado a uso de establo caballar”, esto es, modificando el juicio sobre la credibilidad del testimonio efectuado por el órgano de instancia, que no consideró probado el uso industrial de la construcción” y por ello resuelve el recurso otorgando el amparo constitucional al recurrente, al considerar vulnerado su derecho a un juicio con todas las garantías. Ordena también que sea anulada la sentencia de la Audiencia Provincial, devolviéndose y procediéndose a dictar una sentencia que garantice los principios de oralidad e inmediación y por tanto cumpla plenamente con el derecho que fue vulnerado anteriormente (artículo 24.2 CE).²⁶

- STC 184/2009, de 7 de septiembre

²⁶ STC 132/2009, de 1 de junio. FJ: 3º

En esta sentencia el Tribunal Constitucional, resuelve un recurso de amparo motivado por supuestas violaciones del artículo 24 de la Constitución, concretamente la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del apartado 2 de este precepto, el principio de inmediación, a ser escuchado en la vista y también por una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, también consagrado en el mismo artículo del mismo texto constitucional. Estas vulneraciones de derechos se sustentan sobre la base del pronunciamiento de una sentencia condenatoria en apelación en base a una nueva valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia. A continuación se expondrá un breve resumen de los hechos que motivaron la incoación de un proceso penal en primera instancia y su posterior revisión en apelación, siendo ésta última la motivadora de este recurso de amparo.

El acusado y su entonces ex pareja promovieron un proceso de separación judicial, que culminó en octubre del año 2002 cuando se dictó la correspondiente sentencia de separación, pero no constando dato alguno acerca de en qué momento le fue esta sentencia notificada a D. Juan. Según esa sentencia, el después solicitante de amparo, estaba obligado al pago de una pensión para su hija menor de edad de 300 euros al mes, cantidad que él había dejado de abonar, por lo que su ex pareja decidió interponer una denuncia en dependencias policiales (en noviembre de 2002), que posteriormente desembocó en fase de instrucción ante un órgano judicial madrileño, donde ratificó su denuncia, lo que podía ser constitutivo de un delito del artículo 227 del Código Penal.

El órgano encargado del caso, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Getafe, dictó sentencia absolutoria al entender que el plazo que había transcurrido desde que se dictó la sentencia de separación y posteriormente se presentó la denuncia por el impago, no era el tiempo necesario que exigía el tipo penal en esos momentos.

No contenta la parte acusadora con la resolución de primera instancia, decidió interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que por sentencia de 2005 decidió revocar la resolución recurrida anterior y condenar a D. Juan como autor de un delito abandono de familia por impago de pensión del artículo 227 del Código Penal. La decisión de la Audiencia se fundamenta en que la separación fue de común acuerdo entre las partes, por lo tanto estaban representadas a la vez en el mismo procedimiento por el mismo procurador, situación que propiciaba que ambas partes conocieran la sentencia de separación en igualdad de tiempo y condiciones y más cuando la parte solicitante de amparo no había alegado nada al respecto ante el órgano de instrucción ni tampoco ante el

órgano sentenciador, pues frente a éste último ni siquiera se presentó en la vista oral del juicio.

De este modo, aunque el recurrente afirmó que la absolución habría sido revocada con fundamento en una valoración de las pruebas practicadas en primera instancia, sin que llegase a haber examen directo y personal del propio acusado y su ex pareja, lo que infringía el principio de inmediación, el Tribunal entiende que no existe tal infracción ya que como se desprende textualmente de la sentencia: “la Audiencia no varió la apreciación probatoria de las declaraciones, sino que se limitó a dictaminar la culpabilidad de aquél con base en los hechos considerados probados en la primera instancia²⁷”. Por lo tanto el Tribunal no otorga la razón al recurrente. Cuestión distinta es su impugnación por no haber sido escuchado personalmente ante al tribunal de apelación, lo cual mantiene conexión directa con respecto al principio de inmediación y su relación con el artículo 24 CE.

En relación con este punto, el Tribunal, haciendo expresa referencia a doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declara que, el ahora recurrente, tendría que haber sido escuchado ante el tribunal de apelación, ya que fue este órgano quien lo condenó, quedando esto patente en el siguiente extracto de la sentencia el cual motivó el resultado favorable del recurso de amparo para el demandante: “debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la Sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la Sentencia condenatoria no cabía ya recurso alguno.”²⁸

Recapitulando lo anterior y suscribiendo las conclusiones de GOYENA HUERTA, a través del análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, se puede apreciar

²⁷ STC 184/2009, de 7 de septiembre. FJ: 2º

²⁸ STC 184/2009, de 7 de septiembre. FJ: 3º

como “los motivos que han llevado al legislador a configurar esta nueva variante del recurso de apelación como un recurso de anulación traen su causa de la doctrina jurisprudencial que, en los últimos quince años había venido estableciendo, en materia del recurso de apelación, una discriminación entre las posibilidades impugnatorias de la defensa y las de la acusación”²⁹, así de dicho análisis jurisprudencial se obtiene a su vez una *ratio decidendi* común, la cual posteriormente fue clave para la reforma legal llevada a cabo en el año 2015.

Finalmente, se extrae la conclusión de que existía una imperiosa necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca de un asunto de tan profundo calado como es el derecho de los encausados a ser oídos en la fase de apelación y la necesidad de celebración de vista para la valoración probatoria.

El pronunciamiento acerca de esta materia es de gran relevancia constitucional puesto que, los derechos procesales recogidos en el artículo 24 de nuestra Constitución son una garantía clave para el correcto funcionamiento de una justicia penal con todas las garantías y derechos para los detenidos y procesados, ya que, el fin último de la resolución de un proceso penal no es la condena en sí misma, sino el esclarecimiento de la verdad sobre unos hechos o elementos fácticos. El único camino posible para alcanzar la verdad jurídico material y el esclarecimiento de los hechos pasa por un proceso penal con todas las garantías y derechos.

²⁹ GOYENA HUERTA, Jaime, “El recurso de apelación-anulación del procedimiento abreviado”, *Revista Aranzadi Doctrinal num.6/2016 parte Estudio*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

3.3 Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- STS 5555/2012, de 10 de julio.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo conoció de un recurso de casación interpuesto por la parte acusadora, el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona en una causa tramitada por la presunta comisión de un delito contra la salud pública, tráfico de drogas del artículo 368, y otro de tenencia ilícita de explosivos del artículo 568, ambos del Código Penal, instruidos por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Amposta (Tarragona).

La Audiencia Provincial absolvió al acusado de los cargos formulados pues no se pudo determinar el peso neto exacto de las sustancias intervenidas por los Mossos d'Esquadra.

Se motivó la absolución también con respecto al delito de tráfico de drogas en lo siguiente; la finca donde se produjeron las incautaciones de marihuana se encontraba en una zona de muy difícil acceso, implicando esto que, salvo que expresamente se quisiera acudir a la finca, las plantaciones de marihuana se encontraban en todo momentos fuera del alcance de la vista. Por todo ello, entendió el órgano sentenciador que no quedan acreditados ningún tipo de comportamiento o actitud como para inducir que la finalidad buscada era el tráfico de la sustancia incautada y no el consumo por los propios habitantes de la vivienda, decretándose la absolución.

Con respecto al segundo los delitos enjuiciados (tenencia ilícita de explosivos), la Audiencia consideró según las pruebas practicadas, que los artefactos incautados (petardos ya fabricados previamente pero modificados ulteriormente por los acusados) no tenían un efecto detonante sino únicamente efecto de deflagración, siendo utilizados según los acusados expresaron en la vista, para provocar fuertes estruendos que hicieran huir a los animales salvajes que acechaban la finca. En definitiva, el tribunal entendió que tales artefactos no podían ser calificados como explosivos, en el sentido que exige el tipo penal.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación esta resolución absolutoria, aunque sólo en lo que respecta al pronunciamiento atinente al delito de tráfico de drogas, al entender que el tribunal de instancia no había subsumido de forma correcta los hechos en el precepto penal correspondiente. Este error de subsunción obedecía a un error en la valoración de la prueba practicada en el juicio oral, concretamente en lo relativo al peso y a la actitud de los

encausados con respecto al fin último que tenían las plantaciones de marihuana que tenían en su domicilio.

La Sala Segunda antes de abordar las concretas pretensiones del Ministerio Fiscal recuerda no sólo cuáles son las facultades de las que dispone como órgano de casación en relación con las sentencias absolutorias, sino también cuáles serían las mismas facultades que tendrían tratándose de un órgano de apelación. A tal fin destaca la Sala que sus facultades de revisión son muy limitadas cuando se encuentran ante una solicitud de revocación de una sentencia absolutoria sustentada en una valoración probatoria y de pruebas personales, estrechamente ligada a la inmediación de la prueba. Explica así claramente que en ningún momento podrán realizar una valoración fáctica si no ha presenciado la práctica de la prueba de forma totalmente directa y más aún si el encausado no ha podido escuchar de forma personal esa nueva valoración probatoria.

La Sala concluye de manera tajante esta exposición sobre sus capacidades de revisión realizando una mención sustantiva a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional a través del siguiente tenor literal extraído de la sentencia; “Recuerda la STS 1423/2011, de 20 de diciembre que este Tribunal de Casación ha puesto de relieve recientemente los graves obstáculos establecidos por las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos para poder examinar a través del recurso de casación la impugnación de las sentencias absolutorias de instancia. Las dificultades atañen a aquellos casos, mayoritarios por lo demás, en los que ha tenido no poca relevancia en la convicción probatoria de la Audiencia la práctica de algunas pruebas personales.”³⁰

- STS 882/2014, de 19 de diciembre.

La resolución que dio origen al recurso de casación que vamos a estudiar es una sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, la cual enjuiciaba a dos acusados, Raúl y Carlos Antonio, por delitos de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil.

³⁰ STS 1423/2011, de 20 de diciembre. FJ: 2º.3

Según las actuaciones realizadas durante la fase de instrucción, el primero de los acusados se había apropiado presuntamente de cantidades de dinero en metálico que habían abonado los clientes del hotel del que él era director y también había ingresado cheques destinados al pago de deudas del hotel, a través de cuentas personales abiertas en la sucursal bancaria de la que Carlos Antonio era subdirector.

La Audiencia como órgano de instancia condenó a Raúl por el delito de apropiación indebida pero lo absolvió del de falsedad documental, toda vez que absolvía de ambos delitos al otro encausado, Carlos Antonio.

Frente a esta resolución, la acusación particular, la mercantil Amhude S.A. formuló recurso de casación por infracción de ley, al considerar que no se habían aplicado correctamente determinados artículos del Código Penal.

La Sala destaca en su fundamento de derecho tercero que, al haber sido recurrida la sentencia a través de recurso de casación, existe la obligación de respetar los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, es decir, la Sala no puede entrar a cuestionar el relato fáctico.

En la misma línea, se hace referencia a que la posibilidad de, frente a una condena absolutoria como la de este caso, modificar el fallo absolutorio por cuestiones únicamente de derecho es plenamente aceptada por el Tribunal, como así se refleja en la STS 309/ 2014 de 15 de abril, la cual condensa sustantivamente lo relativo a este cuestión. Por ello, la Sala va a poder entrar a valorar las pretensiones relativas a cuestiones jurídicas y, si es pertinente, modificar el fallo absolutorio de instancia sin la necesaria intervención personal del acusado.

En contrapartida a lo anterior, la Sala dice que si el Tribunal de primera instancia ha creado un relato de hechos probados sustentándose en la práctica de pruebas de carácter personal y las partes recurrentes quieren la rectificación de ello para crear un nuevo relato fáctico, el cual sirva de base para dictar sentencia condenatoria, es plenamente necesaria la celebración de una nueva vista pública donde el absuelto en instancia pueda ser oído ante el nuevo juzgador, para así respetar los principios de contradicción e inmediación. La Sala dice así que; “La doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde la STC167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificaren vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias, para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Esta jurisprudencia exige, desde el derecho a un proceso con todas las garantías,

que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, se practiquen éstas ante el Tribunal que resuelve el recurso. En consecuencia, desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por dicho Tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra él.”

En definitiva, puesto que en este caso el cauce para impugnar una sentencia de instancia de una Audiencia Provincial ha sido el recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, éste ha querido dejar claro cuáles son las facultades de las que dispone como órgano de revisión de sentencias absolutorias, bien porque el error sea estrictamente de carácter jurídico o bien porque sea de carácter fáctico, siendo en ambos casos estos límites diferentes acorde a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo.

4. ESTUDIO DE LA REFORMA DE 2015.

4.1 La necesidad de la reforma.

La exposición de motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre establece cuáles son los objetivos para los cuales se ha desarrollado esta ley y cuáles serán los medios para hacerlo.

Dichos objetivos son;

- La necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas.
- La previsión de un procedimiento de decomiso autónomo.
- La instauración general de la segunda instancia.
- La ampliación del recurso de casación.
- La reforma del recurso extraordinario de revisión.

En vista del objeto de este trabajo es necesario detenerse, para explicar la necesidad de la reforma, en el tercero de ellos, es decir, en la instauración general de la segunda instancia.

El apartado IV de la exposición de motivos de la ley nos dice en primer lugar que pese a que en nuestro país sí que existen cauces procesales para que las sentencias condenatorias sean revisadas por un tribunal superior, la no regulación de la segunda instancia cuando las causas han sido conocidas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, obligaba a tener que flexibilizar el acceso al recurso de casación para la revisión de estas sentencias, el cual no hay que olvidar que es un recurso extraordinario.

Esta situación provocaba que el recurso de casación se convirtiera *de facto* en el cauce para la segunda instancia, lo que a juicio del legislador desvirtuaba la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal en nuestro país. Para ello se va a generalizar la segunda instancia a través del establecimiento de un nuevo régimen normativo para la apelación para todas las resoluciones tomando como referencia la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en el proceso abreviado, que era precisamente hasta la reforma del año 2015 contra quien se podía interponer recurso de apelación.

En segundo lugar este apartado IV nos dice que es necesario complementar lo expuesto en el párrafo anterior con los cambios necesarios para adaptar la regulación de la apelación cuando ésta se fundamenta en un error en la valoración de la prueba a las exigencias de la jurisprudencia europea y constitucional en lo relativo a las exigencias para el cumplimiento pleno del principio de inmediación que rige el proceso penal. Estos cambios afectarán a la fundamentación del recurso (la parte recurrente deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas) y también a las capacidades y limitaciones que va a tener el órgano de apelación cuando se pretenda a través del recurso revocar una sentencia absolutoria por una condenatoria o se pretenda agravar la condenatoria ya impuesta.

Se podría en definitiva afirmar que la necesidad de la reforma del año 2015 obedece a un doble objetivo; la necesidad de armonizar el ordenamiento procesal penal español tanto con la jurisprudencia europea como con la constitucional en materia de apelación penal cuando ésta se basa en un error en la valoración de las pruebas, fortaleciéndose así las

garantías procesales, como también a la necesidad de agilizar la justicia penal reduciendo la carga del trabajo del Tribunal Supremo y preservando su función de órgano de casación, subsanándose así el grave efecto que provocaba la anterior situación sobre los acusados por delitos más graves, ya que “de ello se derivaba que el condenado por los delitos de mayor gravedad –los asignados al conocimiento de los tribunales colegiados- disponían de un recurso más restrictivo que el condenado por delitos castigados con penas más cortas o de menor entidad –los atribuidos a los juzgados”³¹ o dicho con otras palabras, la situación procesal a la hora de recurrir era más favorable cuando el delito estaba castigado en el Código Penal con una pena máxima de 5 años de prisión que cuando dicha pena era materialmente superior, ya que “para las sentencias sobre delitos más graves a los que se les imponía penas superiores a los cinco años y de los cuales conocía en primera instancia la Audiencia Provincial, frente a dichas sentencias sólo cabía la interposición del recurso extraordinario de casación, si lo que se pretendía era cuestionar el fondo de dicha sentencia.”³²

Para MARCHENA GÓMEZ Y GÓNZALEZ-CUELLAR SERRANO, “era plenamente necesaria una nueva regulación del recurso de apelación que permitiera a la vez conjugar el respeto al principio de inmediación en el proceso penal con la tutela judicial de las partes acusadoras”³³, descartando así otras vías que se plantearon con anterioridad a esta reforma de la LECrim, como por ejemplo proceder a la exclusión de la apelación para las sentencias de absolución si el motivo de impugnación consistía en un desacuerdo con los hechos probados como se plantea en Reino Unido o plantear el sistema de apelación penal no como un sistema de revisión sino como un “*novum iudicium*” como se establece en Alemania. Ambas posibles soluciones al problema que fueron descartadas en nuestro Derecho.

³¹ MARCHENA GÓMEZ, Manuel, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid: Castillo de Luna, 2015, pp.533

³² DELGADO MUÑOZ, Luis Juan, “La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de Modificación de la LECrim. El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, *Revista General de Derecho Procesal* n° 46, 2018.

³³ MARCHENA GÓMEZ, Manuel., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ibidem

4.2 Tratamiento legal.

Una vez ha sido analizada la necesidad y los fundamentos que han motivado la reforma de 2015, es necesario hacer un estudio pormenorizado sobre cómo ha quedado configurado legalmente el recurso de apelación, es decir, observar cómo la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) recoge esta reforma en su articulado.

La regulación básica del recurso de apelación se contiene en los artículos 790 a 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicables al procedimiento abreviado, a los que se remite la ley para la tramitación de la apelación en el marco del procedimiento sobre delitos leves (art. 976 LECrím), el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803 LECrím), apelación de sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario por delitos graves (art. 846 ter 3 LECrím) y en el procedimiento de menores (en materia probatoria en fase de apelación), que en palabras de EXTEBERRÍA GURIDI “esta remisión a la LECrím ha de entenderse, sin duda, realizada a lo dispuesto para el procedimiento abreviado”.³⁴

Con el objeto de lograr una mejor comprensión del nuevo articulado resultante de la modificación legal del año 2015, se expone a continuación la literalidad de los artículos 790 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los cuales se puede apreciar los cambios introducidos por dicha reforma;

- Artículo 790 LECrím:

1. “La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente, y la del Juez Central de lo penal, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia. Durante este período se hallarán las actuaciones en la Oficina judicial a disposición de las partes, las cuales en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones, con suspensión del plazo para la

³⁴ ETXEBERRIA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, op.cit., pp. 474

interposición del recurso. El cómputo del plazo se reanudará una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas”

2. “El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.”

- Artículo 792 LECrim.

1. “La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia cuando no hubiere resultado procedente su celebración”

2. “La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de

apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.”

Va a ser en el artículo 790.2 donde vamos a encontrar la cuestión clave, porque se incorpora un nuevo párrafo tercero, que reza: “Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

La idea fundamental que plantea el nuevo artículo 790. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el escenario en el que va actuar la reforma o el contexto procesal, si queremos llamarlo así, es el de un acusado que fue enjuiciado en primera instancia y que como resultado de la vista oral donde se practicaron todos los medios de prueba que fueron necesarios, no se consiguió desvirtuar el principio de presunción de inocencia resultando absuelto, y no quedando con ello satisfechas las partes acusadoras interponen recurso de apelación para obtener en segunda instancia una sentencia condenatoria. Este contexto procesal comprenderá también cuando el acusado es condenado en primera instancia e interesando las partes acusadoras un agravamiento de la condena o pena impuesta.

El segundo elemento de la nueva reglamentación es el motivo en que se funda el recurso, una discrepancia en cuanto a la valoración de la prueba efectuada por el juzgador, quedando excluidos los casos en que esa apelación se basa en un quebrantamiento de normas procesales y/o sustantivas.

De esta manera, el nuevo artículo 792.2 LECrim lo que va a hacer es prohibir al órgano *ad quem* condenar al acusado si la pretensión de la revisión es el error en la valoración de la prueba en instancia, preservándose así íntegramente el principio de inmediación y contradicción al no permitir al órgano de apelación que dicte sentencia sin realizar nuevamente la práctica de la prueba en presencia del acusado, así pues, obliga a que el órgano que vaya a dictar sentencia presencie nuevamente la práctica, permitiendo también

“el reenvío de la causa al órgano que dictó la sentencia recurrida, con inclusión de un pronunciamiento sobre el alcance de la nulidad y si debe extenderse al juicio oral.”³⁵

Una vez establecido el contexto sobre el que actúa la nueva regulación, hay que explicar cuáles van a ser los motivos que la ley permite para el caso en el que se quiera apelar una sentencia en base a lo expuesto en los párrafos anteriores (error en la valoración probatoria), siendo así como se desprende del tenor literal del artículo 790.2 de la LECrim:

A) La “insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación”.

Con respecto al primero de los supuestos, la insuficiencia en la motivación, no puede obviarse como destaca GOYENA HUERTA, que al encontrarnos ante sentencias absolutorias las exigencias de motivación son inferiores a las exigibles en el caso de sentencias condenatorias, pues no se olvide que bastaría con que el órgano *a quo* expresase sus dudas sobre la culpabilidad del acusado³⁶.

En relación con el segundo caso, falta de racionalidad en la motivación, se ha procedido a valorar las pruebas presentadas por las acusaciones en el acto del juicio pero esta valoración no se ha hecho de forma razonable.

Para comprender qué se entiende exactamente por “falta de racionalidad”, que puede parecer *a priori* abstracto, GOYENA HUERTA considera que para entender que concurre esa falta de racionalidad se exigirá de un “error evidente, notorio y de importancia (STS 11 de febrero de 1994) que, además, tenga una significación suficiente para modificar el sentido del fallo”.

B) El “apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia”.

³⁵ MARCEHA GÓMEZ, Manuel, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, op.cit, pp.539

³⁶ GOYENA HUERTA, Jaime, “El recurso de apelación-anulación..” op.cit, pp.4

Por tal apartamiento se debe entender la realización de valoraciones probatorias en un procedimiento penal que se alejan de aquellas reglas, que la experiencia práctico-jurídica ha establecido para dicha valoración.

Así, el Tribunal Supremo en un Auto de 12 de noviembre de 1997 establece que aquellas valoraciones probatorias que se aparten de estas reglas de experiencia y/o de las reglas de la lógica se podrán considerar como tal apartamiento.

- C) La “omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya hay sido improcedentemente declarada”.

Se subdivide a su vez en dos supuestos; el primero sería la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas y el segundo supuesto serían todas las pruebas que resulten anuladas por el tribunal.

Con respecto al primero de los supuestos, lo que se está impugnando sería la omisión de la valoración por parte del órgano jurisdiccional de primera instancia de una o varias pruebas de cargo y siguiendo la exposición de GOYENA HUERTA, esta omisión tiene que disponer de dos requisitos; que la prueba sobre la que recae la supuesta omisión de valoración sea “relevante” y también que la omisión haya sido “absoluta³⁷”.

En el segundo supuesto, lo que se está impugnando no es tanto un defecto en la valoración de la prueba, ya que ésta no ha sido admitida, sino que se está tratando de impugnar los argumentos que han conducido al Tribunal a no admitir o también a la expulsión de ciertas pruebas de cargo.

En definitiva, la regulación legal para hacer cumplir la doctrina establecida sí que permite a las partes acusadoras recurrir en apelación para rescindir una sentencia absolutoria o condenatoria.

³⁷ GOYENA HUERTA, Jaime, “El recurso de apelación-anulación...” op.cit, pp.6

5. APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE LA REFORMA.

Una vez analizados los orígenes jurisprudenciales de la reforma del año 2015 en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción española a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también la configuración legal actual del recurso de apelación, es necesario hacer un sucinto análisis de cómo se está aplicando dicha reforma, operada a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, por parte de los Tribunales que actúan como órganos de apelación. Para ello, y pese a que esta competencia la ostentan también ahora los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, se han analizado varias resoluciones procedentes mayoritariamente de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo.

5.1 Aplicación por las Audiencias Provinciales.

Se analizan cuatro sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Valencia, Alicante y Barcelona.

- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza 57/2019

La Audiencia Provincial de Zaragoza conoció de sendos recursos de apelación interpuestos tanto por la parte condenada en primera instancia (por un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal); al considerar que no se dan pruebas de cargo suficientes como para poder sustentar una acusación contra él, como por la parte acusadora, que pedía para la parte acusada la condena por el delito de lesiones tipificado en el artículo 153.1 y también por el delito de amenazas del artículo 171.4 del mismo precepto legal.

En su sentencia, la Audiencia trae a colación la actual configuración legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 790.2 y 792.2) explicando así el tribunal que este recurso se encuentra mal planteado desde un punto de vista estrictamente procesal. La parte acusadora solicita en apelación una sentencia condenatoria basada en un error de la valoración de la prueba, cuando ésta debería de haber pedido la anulación de la sentencia recurrida, para que se devolviera las actuaciones y se volviese a celebrar una nueva vista como exige el principio de inmediación.

En este sentido, se afirma lo siguiente: “En el presente caso, la recurrente no solicita la anulación de la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, por lo que desde un punto de vista procesal el recurso no se encuentra correctamente planteado, pues solicita del tribunal el dictado de una sentencia condenatoria, lo que no es posible por aplicación de lo dispuesto en los citados preceptos. Por otra parte, no se aprecia ninguno de los motivos que pueden fundar la anulación de una sentencia absolutoria por error en la valoración de la prueba como son: 1) la insuficiencia o falta de racionalidad de la motivación fáctica, 2) el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o 3) la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.”

Finalmente el recurso fue desestimado para la parte acusadora, en tanto en cuanto no se cumplían los requisitos exigidos por la nueva configuración del recurso para poder impugnar una sentencia absolutoria basándose en errores en la valoración probatoria. Sin embargo, la parte acusadora no aplicó correctamente en su recurso la nueva redacción de la ley, ya que no solicitó, a pesar de sostener su pretensión en un error probatorio, la anulación de la sentencia.

- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia 150/2019

La Audiencia Provincial de Valencia conoció de un recurso de apelación que fue interpuesto contra una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº7 de Paterna (Valencia).

Concretamente el asunto versaba sobre un delito de coacciones recogido del artículo 172.3 del Código Penal en el marco de una disputa por el pago tardío de una renta mensual por un contrato verbal de arrendamiento de un bien inmueble, siendo la sentencia absolutoria.

La parte acusadora en primera instancia decidió recurrir en apelación al entender que la conducta llevada a cabo por el encausado sí que era constitutiva del delito leve de coacciones objeto de acusación.

El motivo alegado en dicho escrito fue que la ahora parte recurrente entendía que se había producido un error en la valoración de la prueba “por haber quedado acreditado que el denunciado cambió la cerradura de la puerta, y lo hizo sabiendo que el denunciante había marchado a su país y que había dejado sus pertenencias en la habitación arrendada”. Por tanto, se pedía al órgano de apelación que revocara la anterior sentencia de carácter absolutorio y dictase una nueva condenatoria.

El magistrado ponente de la sentencia hace una clara y expresa referencia en el primer apartado de los fundamentos de derecho a la actual configuración del recurso de apelación cuando se trate de intentar conseguir el fallo condenatorio de sentencias absolutorias según los artículos 790.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresando textualmente lo siguiente: “Como seguidamente se indica, la actual concepción del recurso de apelación frente a sentencias absolutorias supone que la pretensión de condena por error en la valoración de la prueba, con la consiguiente modificación del relato de hechos probados, pasa por la anulación de la sentencia para que por el Juez *a quo* se efectúe revisión de prueba si mediara inferencia carente de lógica o para tener en cuenta prueba que no se hubiese apreciado en primera instancia, o bien para que se vuelva a celebrar el juicio con otro Juez. Ahora bien, si la condena que se pretende obedece solo a infracción de ley, sin modificación de relato de hechos probados, entonces tiene cabida el pronunciamiento de condena en segunda instancia sin anulación de la de primera instancia”.

El magistrado no sólo hace expresa referencia a la configuración legal recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino que también recuerda de forma clara la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en materia del recurso de apelación para la impugnación de sentencias absolutorias (STC 88/2013, de 11 de abril de 2013, STS 641/2017, de 28 de septiembre, STEDH de 10 de marzo de 2009 – Caso Igual Coll contra España). Así, a través de los elementos mencionados en las líneas inmediatamente anteriores, el Tribunal deja clara cuál es la facultad de revisión de las que disponen como órgano *ad quem* y cuáles son los límites establecidos para ello en función de la ley y de la jurisprudencia constitucional: “En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción

a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados , sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia”.

Puesto que el único cauce para la impugnación de sentencias absolutorias con la pretensión de que se dicte una nueva sentencia de carácter condenatorio es la pura infracción de ley y no un error en la valoración de prueba, el recurso es desestimado y devueltos los autos al Juez de Instrucción.

- Sentencia Audiencia Provincial de Alicante 231/2019

Esta Audiencia Provincial ha visto un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Orihuela (Alicante). Frente a este tribunal de primera instancia, se formuló denuncia contra Carlos Daniel, que fue acusado de un delito leve de vejaciones contra su pareja sentimental, aunque resultó finalmente absuelto.

La acusación, al considerar que el fallo del Juzgado de Violencia no satisfacía sus intereses, decidió formular recurso de apelación contra esta sentencia. El recurso tenía la base en un supuesto error en la valoración de la prueba en que habría incurrido por el órgano *ad quo*, y más concretamente, por error en la valoración de las pruebas de índole personal, ya que en el acto del juicio la prueba practicada consistió en escuchar los testimonios aportados tanto por el propio acusado como por su pareja sentimental.

En su sentencia, la Audiencia Provincial expone en primer lugar, el contexto procesal de la sentencia que se quiere impugnar, pues ésta es una sentencia absolutoria en primera instancia y sobre la que recae una duda sobre si se ha llevado a cabo una correcta valoración de las pruebas o no. El Tribunal continúa mencionando la ya analizada sentencia en este trabajo STC 167/2002, de 18 de septiembre y la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia para establecer los límites de las facultades revisoras del órgano *ad quem* cuando el recurso, interpuesto contra una sentencia absolutoria, viene motivado en un error en la valoración de la prueba; concluyendo, en atención a esta jurisprudencia, que no se podría revocar sin más la sentencia recurrida sin antes proceder a una nueva vista probatoria.

Continúa la Audiencia su exposición de fundamentos haciendo referencia a la Ley 41/2015, de 5 de octubre y por tanto a la nueva configuración legal de los artículos 790.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para decir textualmente que;

“Cosa distinta es que, bajo la excusa de apreciación de pruebas personales, gocen de inatacabilidad sentencias absolutorias irrazonables, arbitrarias, meramente intuitivas o sin auténtica motivación. La solución para esos casos está en la nulidad, lo que ocurre es que desde la reforma del artículo 240.2 LOPJ en 2003 no es posible decretar de oficio la nulidad de una sentencia de instancia si no lo demanda así el recurso; pero esta cuestión queda a la diligencia y pericia procesal de la acusación, que siempre puede acudir al motivo por quebrantamiento de garantías procesales, si confía en él. Por lo tanto, la única posibilidad de dejar sin efecto la sentencia dictada, anulándola y retrotrayendo las actuaciones, tendría que fundarse en la constatación que la misma ha incurrido en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, dado que la Sala no puede modificar el juicio valorativo del Juzgador de instancia, corregir sus conclusiones, cifrar un nuevo relato de hechos probados y fundar en el mismo una condena sin haber practicado la prueba personal bajo los principios que rigen la vista oral.”

En definitiva, de esta manera el tribunal quiere subrayar la existencia de posibilidades para impugnar una sentencia como la que está siendo objeto de recurso, pero siempre y cuando se ciñan estrictamente a los motivos recogidos en los artículos 790.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, una vez constatado alguno de estos motivos, la única vía procesal de impugnación es la anulación de la sentencia impugnada y su devolución al juzgador de primer instancia, para así solventar los errores probatorios invocados.

Sin embargo y pese a estar plenamente vigente al tiempo de resolverse este recurso la reforma de la apelación del año 2015, la parte recurrente no interesó la anulación de la sentencia recurrida, ni su devolución al órgano que dictó la sentencia, lo que determinó la desestimación del recurso, expresando el tribunal que:

“Los términos constitucionales en que se debe analizar la cuestión, tal y como han sido expuestos, permiten reseñar que el pronunciamiento absolutorio de instancia, que se recurre, atiende a una valoración de la prueba personal, como se indica en dicha resolución y no genera la certidumbre debida y necesaria en la Juzgadora de instancia para entender enervado el principio de presunción de inocencia que ampara al acusado, al no haber quedado acreditados los hechos denunciados. La sentencia absuelve al acusado no por un defecto formal en la calificación, sino por falta suficiente de prueba de los hechos. La parte recurrente pretende, en su recurso, una alteración del relato fáctico en el que interesa se introduzcan hechos que avalen la referida hipótesis, algo totalmente incompatible con la doctrina del TEDDHH, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y pretende una modificación de la valoración llevada a efecto en la sentencia de instancia de la prueba

practicada. Es por ello que deben decaer los motivos alegados por la recurrente, pues todos ellos consisten en error en la valoración de las pruebas, campo vedado a esta alzada en los términos vistos.”

En vista de todo ello, el tribunal dictamina que no se ha producido por parte del órgano de primera instancia una valoración probatoria que pudiera dar lugar a pensar que haya sido absurda, arbitraria, ilógica o irrazonable, por ello confirma la fundamentación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Orihuela y por ello, el recurso de apelación interpuesto es desestimado.

- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 205/2018.

Procesalmente esta sentencia es fruto de la resolución por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona de los recursos de apelación que tanto la parte acusadora como la acusada en primera instancia presentaron contra la sentencia que, siguiendo el cauce del procedimiento abreviado, se dictó por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Barcelona.

En primera instancia, la parte actora inició un procedimiento penal contra su entonces ex pareja (Don Lucio), el cual resultó acusado de un delito contra los derechos y deberes familiares del artículo 227.1 del Código Penal y posteriormente condenado como autor criminalmente responsable del mismo.

Una vez notificado el fallo de la resolución de primera instancia a las partes, ambas decidieron interponer en tiempo recursos de apelación para impugnar ésta última. Así la parte condenada buscaba la revocación de la sentencia y que se dictase una nueva de carácter absolutorio, mientras que la parte acusadora en primera instancia tenía la pretensión de revocar el pronunciamiento sobre la indemnización, para que éste fuera de mayor cuantía, invocando error en la valoración de la prueba practicada en la vista oral en relación con este extremo.

Al escrito de interposición del recurso de apelación de la acusadora en primera instancia se adhirió el Ministerio Fiscal.

Ninguna de las partes solicitó al tribunal de apelación la anulación de la sentencia recurrida, ni por lo tanto su devolución al órgano de primera instancia para que éste nuevamente dictara una nueva resolución acorde a sus pretensiones.

Ante esta situación procesal, la Audiencia Provincial de Barcelona recoge en sus fundamentos de derecho el siguiente tenor literal: “Debemos recordar que el presente procedimiento se inició en fecha 6 de marzo de 2017, tras presentarse la denuncia el día 1 de marzo de 2017, esto es, más de un año después de haber entrado en vigor la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que veda al Tribunal de apelación condenar o agravar la sentencia condenatoria cuando se alega error en la valoración de las pruebas.”

Una vez expuesta a las partes los límites legales sobre los cuales puede actuar el órgano de apelación y de encajar este litigio de forma plena en el supuesto contemplado en los artículos 790.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Audiencia concluyó los recursos interpuestos por estas partes, ya que al no haber solicitado en el escrito del recurso la anulación y la devolución a primera instancia, como exige para estos supuestos la ley procesal, el Tribunal se encuentra imposibilitado para valorar los elementos de fondo que tanto la parte como el Ministerio Fiscal habían alegado para solicitar el agravamiento de la condena impuesta. En este sentido se afirma: “Por todo ello, solicitándose en el recurso interpuesto por Petra un agravamiento de la sentencia condenatoria dictada; fundamentándose dicha pretensión en la existencia de error en la valoración de la prueba; siendo consecuencia legal y necesaria de lo anterior la declaración de nulidad de la sentencia caso que, entrando en el fondo, se estimase que concurre el error alegado; y no habiéndose solicitado por la recurrente la nulidad de la sentencia, ni pudiendo dicha nulidad ser decretada de oficio; debe desestimarse el recurso interpuesto por imposibilidad legal de estimar el suplico del recurso, sin necesidad de entrar a valorar el fondo de la cuestión planteada, pese a los acertados argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal en su escrito de adhesión.”

A modo de conclusión, las sentencias elegidas para el análisis, al ser todas ellas posteriores al año 2015, fueron dictadas una vez que la Ley 41/2015, de 5 de octubre ya se encontraba en vigor, y con ella la modificación operada en el recurso de apelación penal.

Las Audiencias Provinciales, al conocer de un recurso de apelación con el fin de impugnar una sentencia absolutoria o de agravar una ya condenatoria, exponen de forma clara y

concisa, cuáles son sus capacidades de revisión como órgano *ad quem* cuando se encuentran estas situaciones.

Con este objeto, el Tribunal cita textualmente y de forma directa la actual configuración del recurso de apelación en el orden penal, recogido en los artículos 790.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las Audiencias Provinciales actúan en consonancia con la configuración legal establecida, es decir, queda plenamente constatado el funcionamiento y la aplicación práctica con todos sus efectos de la reforma acaecida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.2 Aplicación por el Tribunal Supremo.

- STS 1304/2018, de 4 de abril.

En esta sentencia, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conoció de un recurso de casación presentado contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, cuyo carácter fue absolutorio. El acusado estaba siendo enjuiciado por la comisión de un presunto delito de agresión sexual contra una persona menor de edad.

Puesto que la sentencia de dicha Audiencia fue absolutoria, la parte acusadora, actuando como acusación particular, presentó recurso de casación para impugnar ese fallo.

La Sala lleva a cabo una explicación, dentro del fundamento de derecho segundo, sobre que tiene que proceder con especial consideración a la hora de resolver el recurso planteado, ya que se trata de una sentencia absolutoria en instancia y debe acomodarse a la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tanto el Tribunal Constitucional como el propio Tribunal Supremo han asumido. Por ello y en base a esa doctrina explican que no cabe condenar *ex novo* a una persona que ha resultado absuelta si el motivo por el que la parte recurrente quiere condenar es cambiar o modificar la

convicción que ya tiene la sala sobre los hechos, porque para poder llegar a realizar esto, la doctrina mencionada exige que el procesado sea escuchado y para ello habría que concretar un trámite para que esto fuera posible. Para confirmar y continuar su argumentación, los magistrados, también en el fundamento de derecho segundo, proceden a explicar el alcance y significado de la Ley 41/2015, de 5 de octubre para sustentar la línea jurisprudencial expuesta por ellos con anterioridad, así citan textualmente el contenido del artículo 790.2, 790.3 y 792.2 de la LECrim a la vez que durante el mismo apartado de los fundamentos de derecho invocan numerosa jurisprudencia de la última década de nuestro Tribunal Constitucional y de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En definitiva, en esta resolución la Sala Segunda explica y detalla los limitados márgenes de los que dispone a la hora de conocer y de resolver recursos cuya motivación sea el error en la valoración de prueba cuando la sentencia ha sido absolutoria en instancia, al regirse por la jurisprudencia ya mencionada. Como decimos, para complementar esta explicación el Alto Tribunal se remite a sentencias anteriores de esta misma Sala, entre la que se encuentra una de 2003 , en que se mantenía: No puede esta Sala sustituir la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia y revisar el juicio valorativo de éste a virtud de unas pruebas testificales de las que solo se nos ofrece una síntesis pero que ni hemos presenciado ni, por ello, estamos en disposición de evaluar en todo su contenido”; quedando patente a través de ésta resolución cómo el órgano encargado de la revisión no puede actuar como si del tribunal de primera instancia se tratara a la hora de entrar a valorar unas pruebas.

De esta manera reitera que, en base a estas pautas y la nueva configuración legal del recurso de apelación, en los procesos en los que la impugnación se fundamenten en un error en la valoración probatoria de las pruebas personales, el Tribunal *ad quem* tiene muy complicado revisar una sentencia absolutoria o condenatoria (con el fin de agravarla más).

En conexión con ello, es necesario hacer una breve referencia a la STS 420/2019, de 26 de septiembre, sentencia por la cual el Tribunal Supremo, de forma más clara y concisa, explica las facultades de revisión de las que dispone cuando se encuentra ante sentencias absolutorias que han accedido a la casación a través de la infracción de ley, la cual reza; “La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado.

En el Pleno no jurisdiccional (JUR 2012, 407842) celebrado el 19 de diciembre de 2012, se decidió que “La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en La Ley” (STS 400/2013, de 16 de mayo).

Son numerosas las resoluciones de esta Sala que recuerdan que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión por esta Sala de sentencias absolutorias a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. También cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento

subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ella las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley del núm. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS. 58/2017, de 7 de febrero), con respecto al hecho declarado probado.”

6. INCIDENCIA DEL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN.

La ley 41/2005, de 5 de octubre, además de modificar la configuración del recurso de apelación en el orden penal, también incide de manera directa e indirecta en el recurso de casación.

Cuando en anteriores páginas se explicó la necesidad de la reforma en el recurso de apelación, se mencionaron también los objetivos que la ley antes citada persigue, siendo uno de ellos la ampliación del recurso de casación.

La exposición de motivos de la Ley 41/2005, de 5 de octubre, en su apartado V, explica que es necesario modificar la configuración de este recurso para que pueda plenamente cumplir con su función, es decir, la de medio unificador de la jurisprudencia en materia

penal, ya que hasta la promulgación de esta ley, el acceso al recurso de casación se encontraba limitado a los delitos de mayor gravedad (esto es, a los enjuiciados en única instancia por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). De modo que quedaba fuera de esta labor que incumbe al Tribunal Supremo todos aquellos casos que por su menor gravedad eran enjuiciados por los Juzgados de lo Penal. Ante esta situación, no era difícil que existiera disparidad de criterios interpretativos entre las distintas Audiencias Provinciales, en las que finalizaba la vía del recurso de apelación.

Ahora todas las sentencias, salvo las dictadas en procesos por delitos leves, tienen acceso a casación, si bien las dictadas en primera instancia por órganos unipersonales están sometidas a mayores requisitos (arts. 847.1.b en relación con el art.849.1 y Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016).

Al haberse generalizado la doble instancia penal y caber ahora también frente a las sentencias dictadas por las Audiencias un recurso de apelación, la consecuencia es que no sólo se está cumpliendo con el objetivo recogido en los diversos textos internacionales de los que España es parte y que exigen el doble grado de jurisdicción penal, sino que también se introduce un paso procesal previo al acceso al recurso de casación, que permite revisar con cierta amplitud determinadas vulneraciones y que tiene como consecuencia que el eventual y posterior recurso de casación deba ajustarse estrictamente a las exigencias propias de un recurso extraordinario, lo que en la práctica podría traducirse como una menor carga de trabajo para el Tribunal Supremo.

Es muy gráfico de las consecuencias producidas en la casación como consecuencia de la reforma de 2015 el siguiente auto del Tribunal Supremo que se extracta a continuación:

Auto núm. 912/2019, de 10 de octubre:

FD 1º (...) B) Como indica la STS 476/2017, de 26 de junio (RJ 2017, 3036), la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015 (RCL 2015, 1524, 1989), modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales

satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECrim. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 (RJ 2017, 2152) es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la

casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECrim., sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

7. CONCLUSIONES

- La Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde su promulgación en el año 1882 ha ido experimentando diversas reformas y evolucionando para adaptarse a la realidad, ya que ni la realidad social ni la realidad jurídica permanecen inmutables, camino que también ha seguido la regulación del recurso de apelación.
- La presencia de España como Estado signatario de los pactos y textos internacionales de protección de los Derechos Humanos condiciona de manera significativa al legislador estatal en materias que necesitan de una fuerte protección, como es en este caso el proceso penal. En esta línea y en materia del derecho al doble grado de jurisdicción es de especial importancia el CEDH y la jurisprudencia del TEDH al enjuiciar las demandas de vulneraciones de derechos garantizados por el Convenio, puesto que servirá de complemento a la protección de Derechos y Libertades recogidos en los textos constitucionales de dichos países.
- Para lograr una perfecta armonía entre los dos puntos anteriores, la reforma llevada a cabo en el año 2015 fue de gran trascendencia, ya que permitió actualizar nuestra ley procesal y adaptarla a los estándares de protección que los máximos garantes de los Derechos y Libertades (TEDH y TC) exigían para que el proceso penal español pudiera considerarse justo y equitativo, salvaguardando así el principio de inmediación y contradicción y el respeto a los artículos 6.1 CEDH y 24.2 CE.

- Otra de las exigencias de los textos internacionales era la obligación de que existieran mecanismos que permitieran que todo condenado pudiera someter su causa a revisión ante un tribunal superior. España cumplía antes de la reforma con ello pero en algunas causas no a través de un recurso ordinario como la apelación sino mediante uno extraordinario, la casación, cuyos límites legales debieron ser ensanchados mediante una interpretación generosa de nuestro Tribunal Supremo para poder cumplir con la exigencia indicada. La Ley 41/2015, de 5 de octubre, por la que se generaliza la segunda instancia penal termina con este estado de cosas y consigue un doble objetivo; todas las sentencias penales condenatorias podrán ser recurridas en segunda instancia y se agiliza la justicia penal al preservar la función primordial del recurso de casación.
- En definitiva, la reforma de 2015 ha sido un cambio legal plenamente necesario que coloca a nuestra legislación en una posición plenamente garantista con respecto al acusado y el respeto a sus derechos.

8. BIBLIOGRAFÍA.

1. Obras utilizadas:

- ALLUÉ BUIZA, Alfredo., DURÁN ALBA, Juan Fernando., MATIA, Edmundo., MORETÓN, Arancha., ORTEGA, Carlos., REDONDO Ana., DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., RUIZ LEGAZPI, Ana., SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar., VIDAL, Camino., *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Valladolid: Thomson Reuters Lex Nova, 2013

- ALLUE BUIZA, Alfredo., CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio., LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO. Alicia., MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique Jesús., *Derecho Básico de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2011

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2018

- ASECIO MELLADO, José María., *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

- CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía, “Quince años de decisiones del comité de derechos humanos de naciones unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior” en ARANGÜENA FANEGO, Coral., SANZ MORÁN, Ángel José., *La Reforma de la Justicia Penal*, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp.276

- CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía., *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada: Comares,1996

- CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía, *La Segunda Instancia Penal*, Navarra: Aranzadi, 2005

- DELGADO MUÑOZ, Luis Juan, “La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de Modificación de la LECrim.. El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, *Revista General de Derecho Procesal* n^o 46, 2018.

- GIMENO SENDRA. V. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters. Pamplona, 2012.

- GOYENA HUERTA, Jaime, “El recurso de apelación-anulación del procedimiento abreviado”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2016 parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 2016.

- MARCHENA GÓMEZ, Manuel., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid: Castillo de Luna, 2015.

- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José. *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Tecnos, 2017

- MONTERO AROCA, Juan., GÓMEZ COLOMER, Juan Luis., BARONA VILAR, Silvia., ESPARZA LEIBAR, Iñaki., ETXEBERRÍA GUDIRI, José F. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

- MORENO CATENA, Víctor., CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

- SOSPEDRA NAVAS, Francisco J, *Tratado práctico del Proceso Civil*, Navarra: Aranzadi, 2008

- TERRASA GARCÍA, Antonio, “*Notas sobre la generalización de la segunda Instancia penal. Nuevo recurso y viejas cuestiones*”, Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears XVIII, Esment Impremta, Palma de Mallorca, 2017.

- TOMÉ GARCÍA, A. *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal. Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013*, edit. Colex, Madrid, 2013.

2. Jurisprudencia utilizada:

- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 - SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España
 - SSTEDH de 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España
 - SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España
 - SSTEDH de 13 de junio de 2017, caso Atutxa c. España.

- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
 - STC 167/2002, de 18 de septiembre

-STC 132/2009, de 1 de junio
-STC 184/2009, de 7 de septiembre

- Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda)

-STS 555/2012, de 10 de julio
- STS 882/2014, de 19 de diciembre
-STS 1304/2018, de 4 de abril
-STS 420/2019, de 26 de septiembre

- Resoluciones de las Audiencias Provinciales

-SAP de Zaragoza 57/2019
-SAP de Valencia 150/2019
-SAP de Alicante 231/2019
-SAP de Barcelona 205/2018