



Universidad de Valladolid

**Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de
la Comunicación (Segovia)**

Grado en Derecho

La doble instancia penal

Alumna: Ana M^a Quijada Conde

Tutora: María Luisa Escalada López

Convocatoria Extraordinaria - 21 julio de 2016

RESUMEN: Este trabajo pretende abordar la anhelada generalización de la segunda instancia penal en nuestro ordenamiento jurídico, el instrumento necesario para su instauración, así como las principales deficiencias que se plantean en su aplicación, y las consecuencias del cumplimiento tardío de este compromiso internacional.

PALABRAS CLAVE: doble instancia penal, generalización, recurso de apelación, intermediación, nuevas tecnologías.

ABSTRACT: This aim of this work is to deal with the long-awaited spread of the second criminal instance in our legal system, the necessary instrument for its establishment, the main deficiencies suggested to be put into practice and the consequences derived from the late accomplishment within this international commitment.

KEY WORDS: double criminal instance, generalization, appeal, immediacy, new technologies.

ÍNDICE

	Página
SIGLAS Y ABREVIATURAS	pág. 4
INTRODUCCIÓN	pág. 5
CAPÍTULO 1. La doble instancia o el doble grado penal.	
1.1. Significado	pág. 5
1.2 Características	pág. 7
CAPÍTULO 2. Antecedentes históricos del doble grado penal.	
2.1. Orígenes	pág. 8
2.2. Derecho Castellano	pág. 9
CAPÍTULO 3. Fundamento de la doble instancia penal.	
3.1. El plano internacional, esencia de la doble instancia penal	pág. 12
3.2. La problemática española	pág. 15
3.3. Modificaciones legislativas internas dirigidas al cumplimiento del Art. 14.5 del PIDCP	pág. 18
3.4. Análisis de la Ley 41/2015	pág. 21
3.4.1. La necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas	pág. 21
3.4.2. La previsión de un procedimiento de decomiso autónomo	pág. 22
3.4.3. La instauración general de la segunda instancia	pág. 23
3.4.4. La ampliación del recurso de casación	pág. 24
3.4.5. La reforma del recurso extraordinario de revisión	pág. 25
CAPÍTULO 4. El recurso de apelación como instrumento de la doble instancia.	
4.1. Definición de recurso	pág. 25
4.2. Clases de recursos	pág. 27

4.3. Elementos de los recursos	pág. 28
4.4. Efectos de los recursos	pág. 29
4.5. El recurso de apelación	pág. 29
4.5.1. Regulación interna	pág. 29
4.5.2. Ámbito de aplicación	pág. 30
4.5.3. Órganos competentes para conocer del recurso de apelación	pág.36
CAPÍTULO 5. La generalización de la segunda instancia penal.	
5.1. Introducción	pág. 36
5.2. Deficiencias de la doble instancia	pág. 37
CAPÍTULO 6. Consecuencias de la aplicación tardía	pág. 43
CAPÍTULO 7. Conclusiones	pág. 45
ANEXO I. Órgano <i>ad quo</i> y órgano <i>ad quem</i>	pág. 48
ANEXO II. Reformas legislativas vinculadas a la doble instancia penal	pág. 49
BIBLIOGRAFÍA	pág. 50

SIGLAS Y ABREVIATURAS.

AN Audiencia Nacional.

AP Audiencias Provinciales.

Art. Artículo.

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos.

DUDH Declaración Universal de los Derechos Humanos.

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECRIm Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial.

PIDCP Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

PIDESC Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

TC Tribunal Constitucional.

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS Tribunal Supremo.

TSJ Tribunales Superiores de Justicia.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN.

Por fin hoy, o mejor dicho, desde el 6 de diciembre de 2015, podemos hablar de la "verdadera" generalización de la segunda instancia penal, gracias a una pieza clave, 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 procesales¹, que instaura definitivamente el doble grado para todo tipo de delitos y no sólo para los de menor gravedad como había venido ocurriendo desde la aprobación de la LECRIIm de 1882. Se habla de "verdadera", porque evidentemente existen problemas y lagunas en su aplicación como se analizará a lo largo de este trabajo (en concreto en el subcapítulo 2 del capítulo 5), pero no se puede obviar que gracias a la misma se ha conseguido cumplir con los requerimientos del Art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y del Art. 2 del Protocolo N° 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituyen su fundamento, y que tantas llamadas de atención ha supuesto a España por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Sin embargo, a pesar de su repercusión y deseada llegada, este instrumento legislativo esencial no ha sido el único para instaurar la doble instancia penal dentro de nuestro derecho

1

¹ La Ley 41/2015 de 5 de octubre, entró en vigor el 6 de diciembre de 2015. Conforme a su disposición transitoria única. Legislación aplicable "Esta Ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a sus entrada en vigor". Por tanto no es de aplicación respecto de los procesos penales incoados con carácter previo.

procesal correspondiente a este orden jurisdiccional, pues el camino ha sido largo y ha estado repleto de numerosos intentos y mecanismos establecidos por el legislador, todos ellos dirigidos a garantizar el cumplimiento del citado precepto, convertido en compromiso internacional para España desde su ratificación, sin conseguir cumplir el objetivo.

LA DOBLE INSTANCIA O EL DOBLE GRADO PENAL.

1. Significado.

La palabra instancia procede del vocablo latino *instantia*, y se refiere al acto y efecto de instar, es decir, de reiterar o insistir en una petición.

A pesar de ser un término recogido de forma continua en nuestro derecho procesal, no existe una definición legal del mismo, cabe entender que las instancias representan los grados jurisdiccionales establecidos por la Ley para aclarar y sentenciar los juicios y pleitos, resolviendo las pretensiones formuladas ante un tribunal de justicia, pudiendo pasar de un grado a otro (de una instancia a otra) para ofrecer otras oportunidades de ser juzgado, y de poder obtener una nueva resolución más favorable o que subsane el error que pudiera existir en la primera. Cada instancia englobaría así un conjunto de actuaciones que finalizan con una resolución definitiva.

Se denomina primera instancia a las actuaciones practicadas ante el primer juez que debe conocer del asunto por razón de su competencia²; segunda instancia al ejercicio de acciones

2

²Puesto que luego se va a hacer referencia al término "única instancia", conviene señalar que existe cuando las sentencias dictadas por un órgano judicial no pueden ser objeto de recurso de apelación. Es decir, un procedimiento regido por el principio de única instancia será aquél en el cual, con carácter general, contra las Sentencias o Autos definitivos que se dicten, no quepa plantear un recurso que permita plantear una revisión completa de lo resuelto (hechos y aplicación del derecho). Ver Art. 58 LOPJ, en relación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS; Art. 66 LOPJ, en relación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN; Art. 67 LOPJ, en relación a la Sala de lo Social de la AN; Art. 73.2 LOPJ, en relación a la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ; Art.

ante el juez o tribunal de apelación con el fin de que reforme la sentencia dictada por el primer juez; y tercera instancia a la constituida por la revisión del proceso o causa ante el tribunal superior. Si bien es importante dejar claro, que en el sistema procesal español no existe propiamente una tercera instancia.

A partir de estas nociones previas, conviene señalar un concepto de doble instancia, aunque pueda parecer absurdo, pero completamente necesario para entender bien los problemas que se han planteado hasta ahora en relación a la misma, y los que puedan suscitarse desde que se ha instaurado su generalización. Así, la doble instancia se puede definir como una garantía procesal indispensable en el Estado de Derecho, de incuestionable importancia en la rama u orden penal, que permite acudir al juez superior jerárquico (*órgano ad quem*) para revisar una sentencia condenatoria o desfavorable dictada por el juez u órgano inferior (*órgano ad quo*), que se caracteriza por la prevalencia de la resolución del órgano superior frente la del órgano que dictó la primera resolución.

Es decir, se configura como un sistema de organización del proceso por el que toda controversia es susceptible de ser examinada, en cuanto al fondo, en dos sucesivas decisiones sobre la relación jurídica deducida en el proceso, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, la segunda de las cuales debe prevalecer sobre la primera. Es por ello, por lo que desde un punto de vista teórico y técnico, se considera que existe una reconceptualización de este instituto, al permitir la introducción de nuevas pretensiones (*nova capitula*) o bien de nuevas pruebas (*nova producta*) con ciertas limitaciones, obviamente³.

La segunda instancia es por tanto un derecho de parte que se abre con la interposición de un recurso de carácter ordinario, el recurso de apelación, cuyo examen se realiza en el capítulo 4 de este trabajo.

74.1 LOPJ, en relación a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ; Art. 75 LOPJ, en relación a la Sala de lo Social de los TSJ.

□ Vid. ESCALADA LÓPEZ, María Luisa. "La valoración de las pruebas de carácter personal en la segunda instancia penal". Revista General de Derecho Procesal, núm. 17, 2009, pp.11 a 15.

Siguiendo a Calderón Cuadrado en su libro "La Segunda Instancia Penal" ⁴ el principio de doble grado de jurisdicción impone "un proceso en dos partes aunque entendido unitariamente. Un litigio único con dos períodos y dos decisiones: una que es provisional hasta tanto no se recurra, y otra que es definitiva, en los supuestos de recursos". Por tanto, la apertura de la doble instancia, mediante la interposición del recurso de apelación, no supone iniciar un nuevo proceso, ya que el objeto y las partes siguen siendo las mismas, de ahí que la autora señale que se trata de un único proceso o un único litigio, examinado sin embargo, por dos órganos diferentes, el del primer grado o primera instancia cuya resolución no es firme y el del segundo grado o segunda instancia, cuya resolución sí es firme. Estas son las dos partes o periodos que se observan del proceso del doble grado y las dos decisiones resultantes del mismo.

1.2. Características.

Del concepto segunda instancia expuesto anteriormente, se extraen las siguientes notas características:

- Es una garantía/derecho a disposición de las partes, es decir, sólo tiene existencia real si alguna de las partes lo solicita expresamente. Es un derecho y no una obligación pues no supone la necesidad de que conozca un tribunal superior, sino la posibilidad de que conozca ese órgano *ad quem*.
- Se inicia mediante la interposición del recurso de apelación.
- Es necesaria la concurrencia de un gravamen para recurrir, pues aunque ambas partes están legitimadas, sólo aquella que se vea perjudicada puede pedir ese segundo examen.
- Supone una segunda posibilidad de enjuiciamiento sobre el fondo del asunto por un juzgador diferente al que falló en primer lugar (un segundo examen), pero no implica un nuevo proceso o juicio. Se dice que es un proceso pendiente, porque hablar de un proceso nuevo requeriría que el primer y único órgano no haya concluido de manera

4

□ Vid. CALDERÓN CUADRADO, M^a PÍA. "La Segunda Instancia Penal" . Thomson, Aranzadi, 2005, pp. 87.

inatacable y firme, y por otro lado, porque admitir un nuevo proceso supone un nuevo análisis de todo lo resuelto en el primer proceso, cuando el segundo enjuiciamiento puede tener tal extensión u otra más reducida. Evidentemente esa plenitud en el segundo enjuiciamiento dependerá de lo que se haya solicitado a instancia de parte en el recurso de apelación.⁵

- El elemento objetivo, es decir, el conjunto de pretensiones, no varía, ni tampoco los hechos y partes.
- Resulta imposible la interposición de cuestiones litigiosas que no se hayan planteado y decidido en la primera instancia.
- Implica una segunda decisión.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DOBLE GRADO PENAL.

1.1 Orígenes⁶.

Desde un punto de vista histórico-evolutivo, y a diferencia de lo que pueda pensarse, el sistema de doble instancia a través de la apelación constituía la regla general en los antecedentes de nuestro derecho procesal penal, que se remontan a la época Romana con la *provocatio ad populum*⁷, institución que se asemeja a la *apellatio*, y que adquiere su verdadero sentido en la época romana tardía, donde se conocía como *apellatio, provocatio o supplicatio*, que debe su origen a la aparición de la justicia funcional y jerarquizada.

5

⁵ En este sentido cabe señalar que, por motivos de eficiencia, economía procesal y acomodación del proceso a la realidad, en ocasiones se permite incorporar nuevos hechos o nuevas pretensiones que no fueron analizadas en la primera instancia.

6

⁶ VARELA GÓMEZ, Bernardino J. "La segunda instancia en el proceso penal: antecedentes históricos". *Dereito* Vol. 7, nº 1: 229-269 (1998). ISSN 1132-9947.

7

⁷ De naturaleza y forma poco claras. En el juicio que se llevaba a cabo entre los comicios, más que perseguir un segundo examen de la controversia, trataba de conseguir el perdón.

En la época altoimperial, la apelación se desarrolla y reglamenta, destacando como requisitos de la misma, que debía realizarse de forma escrita, su plazo de presentación era de dos días, el juez inferior no podía, so pena de incurrir en un delito, rechazar la apelación interpuesta ante el mismo, se regulaban las causas de inadmisión, así como la duración máxima en la tramitación del recurso, que no podía exceder de 2 años.

Siguiendo la línea evolutiva, cabe señalar que el derecho Primitivo Germánico desconocía la institución de los recursos, y la fragmentación política de la Edad Media no era propicia para el desarrollo de la apelación. Si bien el poder canónico y el poder regio, realzan e impulsan de nuevo la apelación rivalizando al mismo tiempo por implantar sus propias vías de recursos.

1.2 Derecho Castellano.

En cuanto a nuestro Derecho Castellano, en el que se reflejan ambas influencias, se recoge la apelación como recurso ordinario desde la Baja Edad Media (junto con otros modos de impugnación) en las Leyes de las Partidas. Sin embargo el derecho procesal castellano evoluciona en sentido restrictivo al excluirse por ejemplo la prueba testifical como elemento de la apelación del que disponía el apelante. Restricción que se mantiene hasta su incorporación al Ordenamiento de Madrid y de Alcalá, en 1502 y 1503 respectivamente.

El proceso penal sufrió un retroceso con los Fueros municipales, al generalizarse para todas las causas criminales la prohibición de la apelación.

Las Leyes de las Partidas y el Espéculo también recogieron restricciones para la apelación en los delitos de especial gravedad, por razones de interés público, pues se requería un castigo rápido y ejemplar que permitiera mantener la paz y el orden público. Para el resto de delitos se reconocía por tanto la apelación, que se debía interponer contra el órgano superior jerárquico al de la primera instancia, pudiendo presentarse directamente ante el Rey, incluso por parientes del condenado y en contra de su voluntad en los delitos de sangre, o por extraños si mediaba su consentimiento; permitiéndose así mismo la práctica de nuevas pruebas.

Estas limitaciones a la apelación, se mantuvieron con los glosadores posteriores, si bien, hay que matizar que no todos los ilustres de la época mantenían esa postura, así y a modo de ejemplo, los autores renacentistas consideraban atentatorias a las ideas humanitarias y a la lógica más básica estas restricciones de la apelación.

Durante la época de la codificación ya en el Siglo XIX, dejando a un lado el proceso civil por no ser el objeto de este trabajo y donde también se observaron fluctuaciones en relación al establecimiento de una instancia única o doble, el proceso penal se vio fuertemente alterado en sentido positivo por la *Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812*, cuyo Título V bajo la rúbrica "de los tribunales y de la Administración de Justicia", consagra entre otras cuestiones garantías procesales a favor del reo, que pese a que tuvieron escasa duración, pues con la vuelta de Fernando VII, quedaron suspendidos, sirvieron de base para configurar la dualidad de instancias como la regla general en el proceso penal hasta la aparición de la LECRIIm de 1882. Este doble grado se reflejaba en la *Novísima Recopilación* aprobada por Real Cédula de 15 de julio de 1805, en el *Reglamento Provisional de 1935*, en el *Real Decreto de 4 de noviembre de 1838*⁸, el *Real Decreto de 20 de junio de 1852*⁹, en la *Compilación General* aprobada por Decreto de 16 de octubre de 1879¹⁰.

Destacan también a lo largo de este S. XIX, diversos proyectos de reforma que pretendían instaurar la doble instancia para todos los delitos, graves y menores, sin exclusión alguna. Cabe citar dentro de esta línea el *Código de Procedimiento Criminal de 1821*¹¹, el *Proyecto de Código*

8

□ Que admitían la segunda instancia en todos los procesos por delito, incluso en los más graves de los que conocía el Tribunal Supremo.

9

□ Sobre delitos de contrabando y defraudaciones a la hacienda pública, regulaba los requisitos de la apelación de forma muy similar a lo establecido por el Reglamento de 1935.

10

□ Esta Compilación, suprimió el Jurado, el juicio oral y público, la separación orgánica y funcional entre instrucción y fallo y la única instancia que había establecido la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872.

11

*de Procedimiento Criminal de 1844*¹², el *Proyecto de Procedimiento Criminal de 1853*¹³ o el *Proyecto de ley de bases de Enjuiciamiento Criminal de 1857*¹⁴. En el lado contrario, como textos defensores de la única instancia deben citarse el *Proyecto de ley de bases de organización y enjuiciamiento criminal de 1863* y la *Ley de bases de organización de tribunales y de enjuiciamiento criminal de 11 de abril de 1868*.

Por tanto, en la evolución histórica de nuestro derecho procesal no siempre ha existido el principio de doble instancia, pero sí ha contado con antecedentes y férreos defensores, que se toparon con un nuevo retroceso a la entrada en vigor de la LECRIIm de 1882 (vigente hasta nuestros días tras sus numerosas reformas), al instaurar cambios en dos grandes sentidos. Por un lado, con anterioridad a la misma, el paso de la primera a la segunda instancia no dependía únicamente de la voluntad de las partes, pues también podía accederse mediante el reenvío realizado directamente por el órgano jurisdiccional. Este aspecto fue eliminado por la Ley del 82, ya que a partir de entonces la segunda instancia pasaba a operar exclusivamente a instancia de parte, siendo imposible su iniciación de oficio. Por otro lado, la LECRIIm mantiene el sistema de única instancia para el procedimiento ordinario (ver Anexo II.), frente al sistema más garantista de doble instancia, por considerar que así se respetaban plenamente los principios de oralidad y libre valoración de la prueba. De este modo el proceso penal de única instancia y ulterior recurso de casación que consagra la LECRIIm se debe a un doble fundamento: procesal y procedimental.

El fundamento procesal radicaba en la necesidad de dictar una resolución lo más rápido posible sobre la situación personal del imputado, en la pronta reparación de la víctima y en el inmediato y genérico efecto ejemplarizante de la pena.

□ El Código de 1821, establecía distintos procedimientos para los delitos leves y los delitos graves, pero sí reconocía la apelación para ambos.

12

□ Este Proyecto distinguía procedimientos por crímenes, por delitos y por faltas, previendo la apelación en los tres casos.

13

□ El proyecto mantiene la misma estructura orgánica y procedimental que el de 1844.

14

□ A pesar de que este Proyecto de 1857 no llegó a aprobarse por las Cortes, mantenía la misma línea que los anteriores, al conservar la segunda instancia en todos los procesos penales.

El fundamento procedimental, se halla vinculado a los principios de oralidad e inmediación¹⁵.

Hasta la reciente reforma de 2015, han coexistiendo por tanto, en nuestro sistema procesal los dos principios, el de doble instancia para los procedimientos abreviados y los juicios rápidos, y el de única instancia para los procedimientos ordinarios, evolucionando hasta la generalización del doble grado para todo tipo delictual por exigencias europeas, como se verá en el siguiente punto.

3. FUNDAMENTO DE LA DOBLE INSTANCIA PENAL.

3.1. El plano internacional, esencia de la doble instancia penal.

Para entender la imperiosa necesidad de generalizar la segunda instancia en nuestro ordenamiento procesal penal, es necesario citar literalmente dos Artículos que son el sustento de la misma, cuyo incumplimiento por parte de España ha provocado que el TEDH, a través de diversas resoluciones, nos dirija numerosas llamadas de atención, que no pueden obviarse.

Por un lado el Art. 14.5 del PIDCP¹⁶ que dispone expresamente "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 prescrito por la ley".

15

¹⁵ CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía. "La Segunda Instancia Penal". Thomson-Aranzadi. (Págs. 31 a 41).

16

¹⁶Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) y ratificado por 167 estados. España firma y ratifica el mismo el 28 de septiembre de 1976 y 27 de abril de 1977 respectivamente. Este Pacto fue elaborado tras la Segunda Guerra Mundial, momento en que la Comunidad Internacional, ante las violaciones de los Derechos Humanos consideraba necesaria la elaboración de diversos instrumentos para garantizar la protección de los mismos, surgiendo tres

De este precepto deben reseñarse sus tres requisitos:

1. El derecho se reconoce a la persona declarada culpable y no al resto de partes intervinientes en el proceso;
2. Son susceptibles de recursos tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta;
3. Que esa revisión sea realizada por un Tribunal superior al que dictó la sentencia condenatoria.

Además de este derecho a la segunda instancia, el PIDCP en sus artículos 14 a 16 recoge las garantías que asisten a una persona en un proceso judicial, la necesidad de un juicio justo, el derecho a una justa resolución ante las cortes de justicia, el derecho de igualdad ante los tribunales, la prohibición de imponer sanciones con efecto retroactivo y otras protecciones adicionales.

Por otro lado, y en términos similares, el Art. 2 del Protocolo N° 7¹⁷ del CEDH recoge " 1. 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.2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya

pactos que integran la Carta Internacional de los Derechos Humanos: el PIDCP, el PIDESC y la DUDH.

17

□El Protocolo 7°, fue aprobado el 22 de noviembre de 1984,entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 1988 y para España el 1 de diciembre de 2009 (nuestro país lo aprueba y ratificamediante Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009). Es un Protocolo adicional al CEDH con la finalidad de proclamar nuevos derechos humanos, en concreto incorpora cinco nuevos derechos: i) Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, ii) Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, iii) Derecho a indemnización en caso de error judicial, iv) Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces y v) Derecho de Igualdad entre esposos. Fue elaborado en el ámbito del Consejo de Europa, que encargó en 1967 a un comité de expertos que estudiase los problemas que pudieran derivarse de la coexistencia de las dos normas protectoras de los Derechos Humanos, esto es el CEDH en el ámbito europeo y el PIDCP a nivel mundial. Está abierto a todos los Estados miembros del Consejo que hayan ratificado el CEDH.

sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución”.

En conclusión, en el plano internacional, ambos preceptos otorgan a la persona declarada culpable de un delito, el derecho a que un tribunal superior examine el fallo condenatorio y la pena impuesta por el órgano de primera instancia, conforme a lo prescrito por la Ley.

En el plano interno, España se vincula a ambos instrumentos internacionales, mediante su ratificación sin formular reservas, de modo que se compromete a que cualquier sentencia condenatoria dictada en su territorio, tenga siempre la posibilidad de impugnación a través de un recurso que garantice ese compromiso. Dicho recurso, calificado como devolutivo y ordinario dentro del lenguaje procesal de nuestro ordenamiento jurídico, es el recurso de apelación (que se analizan en el punto cuatro del presente texto), con el que se hace efectivo el principio de doble instancia penal.

Ambos preceptos se ven reforzados además por nuestra Carta Magna, cuyo Art. 10.2 establece "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Este artículo debe ponerse en conexión con el Art. 96.1 del mismo texto "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional", pasando a ser por tanto de obligado respeto por parte del legislador y del propio juzgador.

Al margen de estos preceptos fundamentales, no hay que olvidar los principios rectores de nuestro proceso penal español, esto es, el de proporcionalidad, el de legalidad y el de non bis in idem. Cobrando especial relevancia dentro de los principios procesales, los principios relativos a la valoración de la prueba (principio de libre valoración de la prueba, principio de presunción de inocencia, principio de oralidad principio de inmediación, principio de

contradicción y principio in dubio pro reo), por reforzar la segunda instancia y asegurar un proceso con todas las garantías.¹⁸

3.2. La problemática española¹⁹.

Sin embargo, como se ha avanzado en el presente epígrafe, y a pesar de los principios procesales y del sistema de recursos previsto en nuestra legislación procesal, el TEDH consideró deficiente nuestro sistema, dictando numerosas resoluciones en las que condena a España por no respetar e incumplir el Art. 14 del PIDCP y el Art. 2 del Protocolo 7 al CEDH, tras reiteradas recomendaciones y llamadas de atención que desde el año 2000 han sido frecuentes²⁰.

18

¹⁸En este sentido cabe tener en cuenta, dentro de los principios del proceso, un criterio jurídico natural y un criterio técnico. El criterio jurídico natural, establece una serie de principios que se consideran elementos fundamentales de la Justicia, por ser comunes a todo tipo de proceso y responder a criterios de inmunidad y necesidad, dentro de los cuales se encuadra el principio de legalidad, el principio de igualdad de armas, el principio de audiencia y el principio de interdicción de la arbitrariedad del poder judicial. En base al criterio técnico se establecen una serie de principios inherentes a cada concreto tipo de proceso, y a su vez se distinguen, según Gimeno Sendra, entre: 1) Principios relativos a la pretensión (principio dispositivo y principio acusatorio); 2) Principios relativos a la formación material o fáctica (principio de aportación y principio de investigación); y 3) Principios relativos a la prueba (principio de libre valoración de la prueba, principio de presunción de inocencia, principio de oralidad principio de inmediación, principio de contradicción y principio in dubio pro reo). Clasificación recogida en el artículo de Sonia Calaza López, "*Principios rectores del proceso judicial español*" de la Revista de Derecho UNED, num. 8, 2011. (Págs. 49 a 84).

19

¹⁹ Ver Anexo 1 (cuadro de los distintos delitos y órganos competentes para resolver en 1ª y 2ª instancia).

20

- ²⁰ Recomendaciones y llamadas de atención del TEDH al Estado Español: 20-07-2000, caso Gómez Vázquez contra España.
- 30-07-2003, caso J. Semey contra España.
- 07-08-2003, caso M. Sineiro Fernández contra España.

Antes de seguir abordando la materia, creo que es importante en este punto señalar cuál es el problema existente en nuestro sistema jurídico que ha fundamentado tantas llamadas de atención por parte del TEDH, que se han ido transformando en recomendaciones y posteriormente en condenas, a pesar de que nuestro ordenamiento interno regulaba ya un recurso de apelación, lo que a simple vista podría hacer pensar que España cumplía con el fundamento anteriormente citado; asimismo apuntaré cuál la postura del Tribunal Constitucional al respecto.

El origen del problema se hallaba en el vacío legislativo que existía en relación a lo recogido en ambos preceptos, internacional y europeo. En concreto, el Art. 14.5 PIDCP, en relación al derecho a la doble instancia penal, dispone que se ejercerá "conforme a lo prescrito por la ley" y el Art. 2 del Protocolo N° 7 del CEDH establece que "el ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ser ejercitado se regularán por la ley". Evidentemente y como no podía ser de otra manera, nuestro TC se manifestó al respecto²¹ y a través de distintas sentencias reconoció al legislador interno una libertad no sólo para determinar cuál debía ser el órgano superior, sino también para configurar cómo someter al mismo la sentencia condenatoria, es decir, el cauce procedimental. Por lo que así entendido, la postura del TC era clara, no podría considerarse vulnerado el Art. 24 de la CE, concluyendo en su STC 37/1988, de 3 de marzo, "que en nuestro ordenamiento cumple tal función el recurso de apelación (...); y permite así mismo que dentro del ordenamiento jurídico en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un tribunal superior". Por tanto, ni el Constituyente ni el Constitucional, han querido vincular al legislador pronunciándose sobre el derecho al recurso, ni tampoco sujetarle a un concreto sistema de impugnación. Lo que no quiere decir, que de las resoluciones tanto del TC como del TS, se desprendan mayores ventajas de la apelación frente a la casación, en cualquier caso tales

-
- 01-11-2004, caso J. M^a Alba Cabriada contra España.
 - 29- 03-2005, caso A. Martínez Fernández contra España.

pronunciamientos se hacen sin privar de constitucionalidad al régimen de instancia única y recurso de casación que existía hasta la verdadera generalización del doble grado con la Ley 41/2015.

A pesar de ser esta la postura compartida tanto por el TC como por el TS, lo cierto es que el legislador en los últimos años, como se verá a continuación en las distintas modificaciones legislativas, ha caminado en otra dirección, en la que es innegable evidenciar la influencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²² y a la que se han sumado ambos tribunales españoles. El motivo es el Dictamen del mencionado Comité de 20 de julio de 2000 (caso C. Gómez Vázquez contra España), en la que se dejó claro que la casación española no cumplía con las garantías de una verdadera segunda instancia, pues se limitaba a la revisión de aspectos puramente formales o legales.²³

Sin embargo, la controversia no acaba aquí, existiendo otro punto de inflexión que deriva de las excepciones a las que hace referencia el apartado 2º del Artículo 2 del Protocolo N º7 al CEDH, cuando establece literalmente en relación al derecho a la segunda instancia del condenado que " Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, como también en los casos en que la persona haya sido juzgada en primera instancia por un Tribunal Superior o haya sido declarada culpable después de un recurso contra su absolución". Del mismo se extraen por tanto tres salvedades al doble grado:

1. Las infracciones penales de menor gravedad según las define la Ley.

22

□ A pesar de que esta institución no tiene jurisdicción y que sus resoluciones carecen de ejecutoriedad, basándose más bien en una fuerza moral y política la efectividad de su sistema de fiscalización.

23

□ Este fue sin duda el punto de partida, pero además debe tenerse en cuenta en este sentido, el Protocolo Facultativo del PIDCP (BOE de 2 de abril de 1985), por facultar a este organismo internacional para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos recogidos en dicho Pacto. Ver págs. 177 y siguientes del libro CALDERÓN CUADRADO, Mª PÍA, "La Segunda Instancia Penal". Thomson - Aranzadi.

2. Cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional.
3. Cuando haya sido declarado culpable y condenado como resultado de un recurso contra su absolución.

Dentro del ordenamiento jurídico procesal español, la primera excepción no se recoge, pues de momento se sigue manteniendo la apelación para los juicios por delitos o infracciones penales de menor gravedad²⁴. La segunda excepción, referente a la imposibilidad de impugnación del condenado por sentencia dictada en única instancia por el más alto órgano jurisdiccional, encuentra proyección en España en el TS²⁵, cuyas resoluciones con independencia del sentido del fallo, son por ley inimpugnables, y por tanto firmes²⁶. La tercera tampoco tendría cabida dentro de nuestro ordenamiento por el efecto de la prohibición de la *reformatio in peius*, propia de nuestro sistema de recursos.

Por tanto, la problemática surge por la inexistencia de recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, órganos que precisamente conocen de los delitos más graves y que deberían contar con mayor protección. Nuestro ordenamiento resolvía esta deficiencia procesal compensándola con el recurso de casación.²⁷ Es decir, lo que ocurría en España era

24

²⁴ Antes faltas, hoy delitos leves por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

25

²⁵ Así lo establecen, nuestra Constitución Española en su Art. 123 "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales"; y la LOPJ en su Art. 53 "El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo".

26

²⁶ No son recurribles ni mediante casación, Art. 847 LECRIIm.

27

que algunas sentencias de condena, en concreto las vinculadas a los delitos más graves, no tenían la oportunidad de acceder a la segunda instancia, utilizándose inadecuadamente el recurso de casación para solventar esta deficiencia. Finalmente y gracias a la reiterada insistencia del TEDH el legislador español ha ido modificando su postura e introduciendo cambios en la legislación procesal para garantizar el verdadero cumplimiento del Art. 14.5 del PIDCP, como se desarrolla a continuación.

3.3. Modificaciones legislativas internas dirigidas al cumplimiento del Art. 14.5 del PIDCP.

Las constantes llamadas de atención por el incumplimiento del CEDH desde hace más de 15 años²⁸, como no podía ser de otra manera, han hecho reaccionar a España, que ya desde el año 2003 intentó poner solución a este problema descrito anteriormente, aunque haya sido realmente en 2015 cuando parece hablarse de la verdadera generalización de la segunda instancia.

Así, el legislador español ha estado permanentemente activo, con mayor o menor éxito tal y como se manifiesta en los siguientes párrafos que reflejan una línea cronológica de modificaciones legislativas dirigidas a dar cumplimiento a esas exigencias y recomendaciones del CEDH.

En el año 2003 aprueba la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²⁹. Las reformas que contenía esta Ley iban dirigidas a la implantación de la Segunda instancia pero eran exclusivamente de carácter orgánico, por lo que no consiguió el objetivo deseado al no

²⁸Es en estos supuestos en los que se habla, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de sistema de instancia única más casación.

28

□ Cabe recordar que el punto de partida fue el año 2000, con el caso Gómez Vázquez contra España.

29

□ BOE nº 309, viernes 26 de diciembre de 2003 (Vigencia 15 de enero de 2004).

introducirse el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en la instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Esta singular reforma establecía en el Art. 73 de la LOPJ que "en el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse una o más Secciones e incluso Sala de lo Penal con su propia circunscripción territorial en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere la letra c) del apartado 3 de este artículo³⁰ y aquellas otras apelaciones atribuidas por las leyes al Tribunal Superior de Justicia". Es decir, permite crear secciones e incluso sala de lo penal con circunscripción propia en los TSJ que tengan salas en otras capitales distintas de su sede.

En el año 2006 cabe señalar el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la Legislación Procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal³¹.

El antecedente y fundamento de este Proyecto, era la reforma de carácter orgánico de la LOPJ operada por la LO 19/2003 que, como se ha señalado, finalmente no reformó el sistema de recursos, papel que debía asumir por tanto el Proyecto de 2006.

Tres años más tarde, se aprueba la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Entre otros aspectos, introduce la grabación del juicio , aspecto que afecta a la doble instancia penal y a la problemática de la repetición de la prueba personal.

30

³⁰El Art. 73.3 establece en su apartado c) que los TSJ como Sala de lo Penal les corresponde "El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes".

31

³¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, de 27 de enero de 2006. Núm. 69-1.

En 2011, destaca el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En 2012, la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de abril de 2012, y que fue conocido como "Borrador del Código Procesal Penal" motivado en la obsolescencia de la LECRIm de 1882, del que cabe destacar el intento de introducir la figura de la mediación en el ámbito penal³². Borrador que sin embargo fracasó.

En el año 2014 se aprueba el Anteproyecto de Ley Orgánica para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Reforma parcialmente la LECRIm con objeto de introducir las modificaciones necesarias para instaurar la doble instancia penal de forma generalizada. Este texto ya proponía una modificación del Art. 846, al que añadía un apartado "ter".

El año 2015 ha sido sin duda el año esencial, en el que se generaliza la segunda instancia para todos los delitos a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LECRIm, aunque se dictaron también otras leyes que afectaron al ámbito del proceso penal, sin incidir directamente en la segunda instancia.

En marzo se aprueba no una, sino dos leyes, que sin ocuparse del proceso penal directamente, van a incidir indirectamente en el mismo. Por un lado, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal³³, destacando entre sus modificaciones la sustitución del juicio de faltas por el proceso penal para delitos leves (consecuencia de la eliminación de las faltas en el Código Penal, y la clasificación de los delitos como delitos graves, delitos menos graves y delitos leves); y por otro lado, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

32

□ Pretendía incorporar así la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye a la Decisión Marco previamente existente, fijando una serie de pautas para la implantación de la justicia reparadora.

33

□ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

En el mes de abril se introducen también dos leyes que en este caso sí modifican el proceso penal. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito; y la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la LECRIm y la LOPJ, para la transposición de las Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo; la primera relativa a interpretación y a traducción en los procesos penales y la segunda, relativa al derecho a la información en este tipo de procesos.

Durante la época estival se dictan de nuevo dos leyes que modifican el proceso penal, la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el Estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior; y la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

El mes de octubre, es clave para la generalización de la segunda instancia. Se aprueba la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que regula cuestiones que afectan a derechos fundamentales³⁴; y la deseada 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.

3.4. Análisis de la Ley 41/2015.

34

- □ Entre las modificaciones que introduce caben destacar: el imputado, pasa a denominarse investigado
- el acusado, pasa a denominarse encausado

La exposición de motivos de la misma, señala que la finalidad es el rigor conceptual, adaptando así el lenguaje de la LECRIm a los tiempos actuales de forma que se eliminen determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, como el concepto de imputado.

Es lógico que esta Ley 41/2015 requiera mención y detalle aparte, pues su necesidad era imprescindible por recoger de forma expresa esa generalización de la segunda instancia.

El preámbulo de la Ley señala que las cuestiones que se regulan en la misma y que no requieren desarrollo mediante Ley Orgánica, 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 y
- la reforma del recurso extraordinario de revisión.

Posteriormente, se analizaran con cierto detalle cada una de esas cuestiones, haciendo mayor hincapié en la generalización de la segunda instancia.

3.4.1. La necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas.

Para el logro de este fin, recoge medidas de sencilla implantación, tal y como las define el preámbulo de la misma, que cumplen una doble función, por una parte permiten evitar dilaciones innecesarias, y por otra respetar los derechos de las partes. Como son:

- a) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales;
- b) la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido;
- c) la fijación de plazos máximos para la instrucción; estableciéndose un plazo máximo de 6 meses para los asuntos sencillos y de 18 meses para los complejos. Con posibilidad de prórroga.
- d) la regulación de un procedimiento monitorio penal.

3.4.2. La previsión de un procedimiento de decomiso autónomo.

Surge por la necesidad de trasponer la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, que exige a los Estados miembros articular los cauces procedentes para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso. Así se instaura un proceso autónomo que permite la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado. Se podrá actuar contra todo el patrimonio del penado e, incluso, decomisar bienes de origen ilícito puestos a nombre de terceras personas.

Procedimentalmente, se ha optado por la remisión al procedimiento verbal de la LEC, lo que contribuye a la seguridad jurídica, incluyéndose las especialidades propias en el articulado de esta Ley 41/2015. El sistema de recursos es el previsto en el procedimiento abreviado. Se prevé la intervención en el procedimiento de los terceros que puedan verse afectados por el decomiso, garantizando sus derechos no solo en este procedimiento, sino con la articulación de un recurso de anulación, por remisión nuevamente a la LEC, en caso de que la resolución se haya dictado sin considerar su condición de interesado en la causa.

El objetivo es claro, hacer más eficaz la recuperación de activos derivados de la actividad delictiva, lo que se ha completado de manera coordinada con la reforma del Código Penal y la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos³⁵. Ambos frentes permiten agilizar la gestión con criterios mercantiles de estos bienes decomisados y que el Estado pueda obtener con ello un beneficio económico que redunde en el pago de indemnizaciones a víctimas, desarrollo de proyectos sociales y la lucha contra el crimen organizado.

3.4.3. La instauración general de la segunda instancia.

35

□ Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se Regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Archivos (BOE 24/10/2015).

Se procede a la generalización de la segunda instancia, la modificación más deseada, de la que derivan otras modificaciones como ya se ha señalado, y especialmente para cumplir el Art. 14.5 PIDCP y evitar más reclamaciones y condenas por parte del TEDH. Para ello se establece la misma regulación prevista actualmente para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de inmediación. En relación con lo primero, cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, 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, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades para declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad.

En resumen, introduce las previsiones para generalizar la segunda instancia judicial en el proceso penal, de forma que los Tribunales Superiores de Justicia revisen en apelación las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y que sea la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional la que se ocupe de las dictadas por la Sala de lo Penal este tribunal. En caso de errores en la valoración de la prueba, la Audiencia tiene potestad para devolver las actuaciones al Juzgado que dictó la sentencia, instándole a que efectúe una nueva valoración de la prueba o, en su caso, a la celebración de un nuevo juicio.

3.4.4. La ampliación del recurso de casación.

Este aspecto puede calificarse como una reforma subsidiaria o secundaria, que deriva de la instauración generalizada de la segunda instancia. La remodelación de la casación permite que ésta cumpla su verdadera función, la de unificación de la doctrina penal por parte del Tribunal Supremo. Como hasta ahora sólo accedían a ella un número determinado de delitos, su interpretación unificadora venía siendo ejercida por las Audiencias Provinciales, lo que no garantizaba un tratamiento homogéneo en toda España.

Se trata de una modificación necesaria por otra parte, debido a las exigencias de la normativa internacional, de directivas europeas, de las reformas en el Código Penal y por las propias exigencias sociales. Para lograr este objetivo, se introducen las siguientes reformas:

- Se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, referido a la "posibilidad de interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente", y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad.
- Se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad.
- Se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
- Existirá interés casacional: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

- Por tanto, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales.

3.4.5. La reforma del recurso extraordinario de revisión.

Esta modificación atiende a otra necesidad preexistente, la de establecer en nuestro ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial, lo que impone la reforma de los motivos del recurso de revisión.

El objetivo en este caso es la mejora técnica de los diversos supuestos y la inclusión de la posibilidad de impugnación de sentencias penales que puedan resultar contradictorias con la dictada posteriormente en otro orden jurisdiccional acerca de una cuestión prejudicial no devolutiva y de las sentencias dictadas en los procedimientos de decomiso autónomo en el caso de que la ulterior sentencia penal recaída en el procedimiento principal no considerara acreditado el hecho delictivo que habilitó el decomiso.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA DOBLE INSTANCIA³⁶.

4.1. Definición de recurso.

Como enuncia este capítulo cuarto, la doble instancia requiere de un instrumento para su puesta en práctica, este medio viene de la mano del recurso de apelación.

Los recursos en general, se configuran como medios de impugnación³⁷ que se interponen frente a resoluciones desfavorables que ocasionan un gravamen y que no han ganado

36

³⁶Para este capítulo se ha tenido en cuenta el libro de BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. "Aspectos fundamentales de derecho procesal penal". La Ley; y de CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía. "La Segunda Instancia Penal". Thomson-Aranzadi. Capítulo III "El derecho a la segunda instancia penal" (Págs. 161 a 174).

firmeza, con la finalidad de provocar la modificación o anulación de la resolución impugnada³⁸. Otra definición de recurso, es la que ofrece Banacloche Palao, quien los concibe como instrumentos procesales por los que las partes impugnan una resolución judicial perjudicial y solicitan su sustitución por otra que les sea más favorable³⁹.

Por tanto, a través de los mismos, la parte gravada por una resolución definitiva (y no firme) insta su revisión, bien por el órgano que la dictó o por un órgano superior a éste, con una doble finalidad o fundamento, evitar errores judiciales por una parte y garantizar la correcta y uniforme aplicación del derecho por otra, de ahí que el sistema de recursos se configure como un aspecto esencial del derecho procesal y sea fundamental un doble examen de las decisiones judiciales. Esos fines, son los que precisamente hacen que sea absolutamente necesaria la existencia de un verdadero y efectivo sistema de recursos en el ordenamiento jurídico procesal, aunque retrasen un poco más el procedimiento.

Todo ello puede configurarse como teoría general de los recursos, aplicable tanto para el orden jurisdiccional penal como para el orden jurisdiccional civil, siendo además necesaria la comprobación por instancias superiores, e incluso por el Tribunal Constitucional, del cumplimiento de los requisitos previstos legalmente para acceder a un recurso. El propio TC

37

□ Cabe señalar aquí la diferencia entre recursos y medios de impugnación. Los medios de impugnación son instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes para que puedan solicitar la rescisión bien de una resolución definitiva, en ese caso el medio de impugnación recibe la denominación de recurso, o bien de una resolución que ya ha alcanzado firmeza, en este caso se habla de medios de impugnación autónomos, como la revisión...De aquí se concluye que todos los recursos son medios de impugnación, pero no todos los medios de impugnación son recursos.

38

□ A este respecto vid, MONTERO AROCA, Juan., Y AAVV, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 23ª ED. Valencia, octubre de 2015, pp. 388-389.

39

□ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. "Aspectos fundamentales de derecho procesal penal" (Pág. 327).

ha dicho que el ciudadano no tiene derecho "*a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de recursos previstos por el Ordenamiento Jurídico*"⁴⁰. No obstante, cabe hacer una matización en el orden penal, en el que existe un derecho fundamental a los recursos que no existe en el orden civil, siempre que se trate de sentencias penales condenatorias en base al ya mencionado Art. 14.5 PIDCyP. Por ello a tenor de lo establecido en el Art. 10.2 CE es una obligación constitucional la existencia de una revisión judicial de cualquier sentencia condenatoria que se imponga por un órgano penal. Por otro lado, a pesar de que gracias a la Ley 41/2015 se ha generalizado la segunda instancia, se siguen aplicando las mismas normas de apelación del procedimiento abreviado ya existentes, que prevén una apelación limitada, que es aún mayor en el caso de recursos de las acusaciones contra sentencias absolutorias.

4.2. Clases de recursos.

De las definiciones anteriores se extrae una clasificación de los recursos que cabe mencionar brevemente para encuadrar mejor el recurso de apelación dentro de nuestro sistema, ya que es el instrumento calve del doble grado penal objeto de este trabajo.

Para la calificación de los recursos, se pueden utilizar dos criterios, uno atiende a quién es el órgano competente para conocer del recurso o resolver el mismo y el otro toma en consideración un criterio objetivo, es decir, el motivo o motivos por los que aquel puede ser interpuesto.

Conforme al primer criterio (órgano competente para conocer o resolver) los recursos se clasifican en:

- Recursos no devolutivos, en ellos el órgano competente para resolverlos es el mismo que dictó la resolución recurrida o que ahora se impugna⁴¹. En el proceso penal,

40

⁴¹STC 120/2009, de 21 de mayo y STC 69/2005, de 4 a de abril.

dentro de esta categoría nos encontramos con el recurso de reforma y el recurso de súplica, según si se impugna una resolución dictada por un órgano unipersonal o por un órgano colegiado respectivamente.

- Recursos devolutivos, si el órgano competente para su conocimiento es el superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida. Dentro de esta clase, se encuadra el recurso de apelación y el recurso de queja.

En base al segundo criterio (motivos tasados para su interposición), los recursos se clasifican en:

- Recursos Ordinarios, no hay motivos tasados para su interposición, es decir, no existe una limitación en los motivos en los que puede fundarse el recurso. Nicorrelativamente se imponen límites en el ámbito de conocimiento del órgano *ad quem*. Los recursos de reforma, súplica, apelación y queja, son recursos ordinarios.
- Recursos Extraordinarios, sólo pueden interponerse en atención a los motivos tasados legalmente. En este caso, sí existen limitaciones en cuanto al ámbito de conocimiento que posee el órgano competente para conocer del recurso. El recurso de casación es un recurso extraordinario.

Conforme a estas clasificaciones, el recurso de apelación se configura como un recurso devolutivo ordinario.⁴²

4.3. Elementos de los recursos.

El éxito de los recursos depende del cumplimiento de los siguientes elementos:

□ Doctrinalmente se denominan remedios, ya que poseen escasa eficacia práctica, pues salvo error, la tendencia es que el juez confirme o resuelva conforme a lo ya dictado.

42

- De la conexión de ambos criterios, los recursos recogidos en la LECRIIm serían:
- Recursos ordinarios no devolutivos: recurso de reforma y recurso de súplica.
 - Recursos ordinarios devolutivos: recurso de apelación y recurso de queja.
 - Recursos extraordinarios: recuso de casación.

- 1) El elemento subjetivo, hace referencia a la legitimación para impugnar, ostentando esta potestad sólo la parte o partes que se hayan visto perjudicadas por la resolución objeto del recurso. Ese perjuicio necesario se denomina gravamen, y su existencia dota de sentido la impugnación. No obstante, el TC admite la posibilidad de recurrir una sentencia favorable, cuando el presuntamente beneficiado, considera que el perjuicio se lo causa la argumentación jurídica de la resolución.⁴³
- 2) El elemento objetivo, exige que la resolución que se pretende recurrir ha de ser legalmente recurrible, pues sólo se puede recurrir una resolución que tenga legalmente previsto un recurso.
- 3) El elemento temporal, insta a la interposición del recurso en el plazo legalmente previsto, garantizándola tramitación adecuada del mismo.
- 4) El elemento formal, establece la necesidad de cumplimiento de los requisitos fijados por la ley para la interposición de los recursos.

4.4. Efectos de los recursos.

La interposición de los recursos, produce en general, principalmente tres efectos.

El primer efecto es el devolutivo, implica que a consecuencia de la interposición del recurso, el conocimiento del asunto se atribuye a otro órgano jurisdiccional distinto y superior al que dictó la resolución recurrida.

El segundo efecto es el suspensivo, supone que la resolución recurrida no despliega sus efectos, es decir, no puede ejecutarse o llevarse a efecto como consecuencia de la interposición del recurso.

El tercer efecto, es la prohibición de la *reformatio in peius*, implica que la interposición del recurso no puede ser utilizada por el tribunal que conoce del mismo para empeorar la situación del recurrente, es decir se prohíbe la reforma o modificación a peor.

4.5. El recurso de apelación.

4.5.1. Regulación interna.

Al margen de la oferta de recursos que recoge la LECRIIm, nos centraremos en el estudio del recurso ordinario y devolutivo de apelación, por ser el instrumento fundamental por el que se materializa en la práctica el doble grado penal o permite la apertura de la segunda instancia, frente a las resoluciones judiciales que, consideradas erróneas, no hubieran adquirido firmeza.

Nuestro sistema de apelación, aparece regulado en los Art. 222 a 232 LECRIIm⁴⁴ para el procedimiento ordinario y para el procedimiento abreviado cuenta con dos regulaciones según si la resolución recurrida es un Auto (Art. 766 LECRIIm) o una Sentencia (Art. 790 a 793 en conexión con los Art. 803 y 976 de la LECRIIm).

Esta regulación ha sufrido una imprescindible evolución y adaptación a las exigencias del TEDH. Hasta la aprobación de la Ley 41/2015, este recurso sólo podía interponerse contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal y Juzgados Centrales de lo Penal, en relación a delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 5 años, multa o pena de distinta naturaleza que no sea superior a 10 años. Para el resto de delitos, sólo era posible el recurso de casación (ver Anexo II).

El hecho de que unas sentencias tuvieran la posibilidad de ser revisadas por un recurso más amplio (el de apelación) que otras, que sólo podían revisarse por medio de un recurso más limitado (el de casación) parecía hallarse en el órgano que las dictaba, es decir, estaba en función de si procedían de un órgano unipersonal o un órgano colegiado, gozando sólo las que procedían de un órgano unipersonal del recurso más amplio: el de apelación.

En 2003, con la reforma de la LOPJ por la LO 19/2003, se pretendió generalizar la segunda instancia pero se realizó insuficientemente, pues sólo se llevó a cabo una reforma orgánica (atribuyendo la competencia a la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ para conocer de los recursos respecto de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y creando la sala

44

□ Debe hacerse alusión a anteriores preceptos de la LECRIIm como el Art. 212 (plazo de interposición), Art. 217 (delimitando su interposición sólo a los casos establecidos por la ley), Art. 220 (determina el órgano competente) y los Art. 219 y 221 (forma de interposición).

de apelación en la Audiencia Nacional, como ya se ha visto) y no procesal. Requisito que ha introducido doce años más tarde la Ley 41/2015.

4.5.2. Ámbito de aplicación y sus principales controversias.

Antes de profundizar en el análisis del ámbito de aplicación de este recurso, debe indicarse que la implantación del sistema de apelación en el proceso penal ya contaba con una dificultad inicial la derivada de la estimación de un recurso de apelación frente a una sentencia absolutoria en relación a un error en la valoración de la prueba personal⁴⁵, generando un complicado debate y diversas posturas por parte del TC.

El recurso de apelación puede interponerse contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales, esto es, contra los autos que expresamente determina la ley (Art. 219 y ss LECRIIm) así como contra las sentencias que decidan sobre la culpabilidad o inocencia del acusado y contra las que dicte el Tribunal del Jurado(Artículo 846 bis a Y SS.). En este trabajo nos vamos a centrar sólo en la interposición de la apelación contra las sentencias que decidan sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, por ser el mecanismo que permite el acceso a la segunda instancia penal.

Circunscrito así el ámbito de aplicación del recurso de apelación, no se permite la impugnación de la totalidad de las resoluciones de fondo dictadas en un proceso penal, sino sólo aquellas que ostenten la condición de sentencias definitivas y de fondo dictadas en cierto tipo de procedimiento y por determinada clase de órgano jurisdiccional. Es la combinación de esos dos elementos la que origina los tres supuestos en los que cabe la apelación:

1. Resoluciones que hubieran sido dictadas en el seno de procedimiento abreviado competencia de los Juzgados de lo Penal o de los Juzgados Centrales de lo Penal

45

□ INFORME "El tiempo de los derechos" num. 30. HURI-AGE. Consolider Ingenio 2010. "Sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en la fase de apelación penal y la problemática actual existente respecto a la impugnación de las sentencias absolutorias de primera instancia: un ejemplo más de la transcendencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". FEIJÓO MIRANDA, JOSÉ. (Edición electrónica).

2. Resoluciones que resultaran del cauce procedimental de los juicios rápidos dictadas bien por los Jueces de lo Penal o Centrales de lo Penal, o bien por los Jueces de Instrucción o Jueces Centrales de Instrucción.
3. Resoluciones dictadas por el Juzgado de Paz, de Instrucción o de Primera instancia e instrucción, que concluyeran la instancia de los procesos por faltas⁴⁶.

Queda por tanto excluido del ámbito de aplicación del recurso de apelación, las sentencias firmes, las resoluciones que aún siendo definitivas no adopten dicha forma, salvo en casos muy improbables de error judicial al respecto, y las resoluciones que siendo sentencias definitivas no hubieran sido dictadas por los citados órganos jurisdiccionales.

La Ley la Ley 41/2015 también ha incidido en el recurso de apelación en sus distintos aspectos. En cuanto al alcance del recurso, no ha sido modificado, por tanto no es posible la repetición de un juicio, y sigue vigente lo establecido en el Art. 790.3⁴⁷ de la LECRII en relación a la materia probatoria.

Sin embargo, cabe matizar al respecto, que durante mucho tiempo, y a pesar de no repetirse el juicio, las Audiencias llevaban a cabo una revisión amplia de la sentencia de instancia, inspeccionando tanto cuestiones de derecho como de hecho. Fue la STC 167/2002⁴⁸, la que estableció que las cuestiones de hecho no podían ser revisadas sin respetar el principio de inmediación, que exige precisamente la percepción sensorial directa de la prueba personal, y

46

□ Este último caso se refiere a los supuestos en los que aún quede algún juicio de faltas por concluir, ya que desde la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, se alude a delitos leves y no hay competencias del Juzgado de Paz en este ámbito.

47

□ Es decir, la práctica de las diligencias de prueba que el recurrente no pudo proponer en la primera instancia, y las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, así como de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

48

□ Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre de 2002 (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002).

no considerando válida la reproducción de la prueba personal (no podían basarse por tanto en declaraciones de testigos o de las partes, peritos que no se han visto ni oído declarar y simplemente lo hayan visualizado), dejando claro que la inmediación es una condición constitucional de valoración de la prueba que rige para todo el proceso penal, y todas las instancias del mismo. De no ser así no tendría sentido la distinción entre instrucción y juicio, siendo necesario el respeto de los principios categóricos de inmediación y contradicción para un proceso penal con todas las garantías.⁴⁹

Es decir, la famosa STC 167/2002, sentó una nueva doctrina en relación a la exigencia de respetar los principios de publicidad, inmediación y contradicción⁵⁰, como contenido esencial integrante del derecho a un proceso con todas las garantías en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, imponiendo inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Igualmente la constatación de la anterior vulneración determina también la del Derecho a la presunción de inocencia si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena⁵¹.

49

□ En relación a esto se ha llegado a decir que sólo una repetición del juicio sería coherente con los compromisos internacionales. Vid. artículo de Manuel Jaén Vallejo publicado en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Recursos-sentencias-penales_11_931930001.html.

50

□ Como parte sustancial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías contemplado en el Art. 24.2 CE.

51

□ <http://informativojuridico.com/la-sustituci%C3%B3n-de-una-sentencia-absolutoria-por-otra-condenatoria-requerir%C3%ADa-nueva-vista>

En cuanto a la vista, regulada en el Art. 791 LECRIm tampoco este aspecto ha sido modificado por la Ley 41/2015.

Sin embargo, esta Ley generalizadora del doble grado penal, sí ha modificado lo relativo a la sentencia que recaiga de la apelación, cuestión regulada en el Art. 792 LECRIm, en cuyo apartado segundo se recoge literalmente que "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".

Concluyendo, en lo referente a la extensión del recurso de apelación, éste será tramitado de forma plena cuando se interponga frente a sentencias condenatorias, pero no cuando se interponga frente a las absolutorias, ni frente a las condenatorias con la finalidad de incrementar la pena impuesta, pues en relación a estas sentencias el órgano *ad quem* no puede pronunciarse ni resolver, debiendo devolver las actuaciones al órgano *ad quo* (ART. 792.2 LECRIM).

A ello se sumaría la doctrina consolidada del TC que surgió con la STC 167/2002 a la que ya se ha hecho referencia, en la que se imponía la necesidad de que toda sentencia de condena se fundamente en una actividad probatoria donde el órgano judicial haya examinado directa y personalmente la prueba de carácter personal (principio de inmediación), en sesión pública (principio de publicidad) en la que se posibilite un debate contradictorio (por lo que el

Tribunal de apelación no puede condenar sin que se haya producido ante él una reproducción de la prueba).

Sin embargo con la aprobación de la Ley 41/2015 se ha rechazado la doctrina asentada por dicha STC 167/2002 (de imposibilidad de modificar los hechos probados en contra del acusado sin presenciar la práctica de la prueba personal), optando por la apelación frente a sentencias absolutorias arbitrarias, pero con reenvío al órgano/tribunal ad quo, para que sea éste quien corrija el defecto.⁵² Por tanto, en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias o en los que se solicite la agravación de la pena impuesta, deberá justificarse la insuficiencia de racionalidad de la motivación fáctica, infracción de las máximas de experiencias u omisión de razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas de resultado relevante o cuya nulidad haya sido declarada improcedente. Por ser todos ellos supuestos en los que la revisión no requiere repetición de la prueba, sino que se refieren a cuestiones de derecho, no de hecho, articulables bien a través del derecho de presunción de inocencia (cuando el acusado haya sido condenado) o a través del derecho a la tutela judicial efectiva (que prohíbe la arbitrariedad cuando aquél ha sido absuelto). Lo que no puede es cuestionarse la credibilidad de una determinada prueba personal por el órgano que no la ha percibido.

52

□ Esta posibilidad ya venía recogida en la propuesta del Código Procesal Penal de 2012. Por otro lado, esta misma solución había sido sugerida también por el propio Tribunal Supremo en relación a la casación contra sentencias absolutorias por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012 consideró que, como no estaba prevista en la ley la práctica de la prueba ante el tribunal ni la citación del acusado a una vista, la Sala no podía rectificar la declaración de hechos probados, por lo que lo procedente en tal caso era devolver el asunto al tribunal de procedencia para la subsanación del defecto, que puede ser simplemente de motivación o exigir un nuevo enjuiciamiento con un tribunal distinto.

Por tanto, si concurre alguno de esos supuestos el Tribunal de apelación no va a poder condenar al acusado o agravar la condena, en contra de lo establecido por el órgano de primer a instancia, lo único que puede hacer en estos casos es anular la sentencia recurrida mediante el reenvío al órgano que la dictó. Ese reenvío debe incluir un pronunciamiento sobre el alcance de la nulidad, esto es, señalar si debe dictarse una nueva sentencia o si la nulidad se extiende sólo al juicio oral, determinando a mayores en ese caso si procede una nueva composición del órgano que debe dictar la nueva sentencia.

Evidentemente, si el recurso de apelación es por infracción de ley, el órgano *ad quem* sí podrá condenar, pues aquí nada tienen que ver los principios a los que se refiere la Sentencia 167/2002.

Si se recurre una Sentencia absolutoria procedente de una Audiencia Provincial, ante el TSJ correspondiente, y el recurrente resulta condenado, habrá de hacer valer su derecho al recurso contra el fallo condenatorio, ante el propio Tribunal Supremo, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma que, en realidad, también supone una infracción de ley y, por lo general, del propio art. 24 de la Constitución.

Ante este supuesto, sentencias absolutorias, la Ley 41/2015, mantiene la posibilidad de recurrirlas por razones de prueba, pero en consonancia con el Art. 24 CE y la jurisprudencia del TC.

Por último, cabe señalar que la Sentencia de apelación podrá así mismo ser recurrida en casación, en los términos fijados en el Art. 847 LECRI⁵³, salvo que la misma haya anulado

53

□ Art-. 847 LECRI :1. Procede recurso de casación:

la sentencia de primera instancia. El plazo para interponer el recurso de casación es de 10 días, transcurrido el cual sin que se haya interpuesto, la Sentencia de apelación se convierte en firme, lo que obliga al órgano/tribunal de primera instancia a su cumplimiento.

4.5.3. Órganos competentes para conocer del recurso de apelación.

En cuanto a la composición de los órganos competentes para conocer de este recurso, serán en la actualidad (ver Anexo II):

- Las AP respecto a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, así como respecto de las dictadas por los Juzgados de Instrucción en juicio por delitos leves, en cuyo caso la Sala se constituirá con un solo magistrado; naturalmente, la ejecución corre a cargo de quien haya dictado la sentencia que deviene firme.
- Las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, actuando como Salas de lo Penal, respecto a las dictadas en primera instancia por las AP; esas Salas se constituirán con tres

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

- magistrados. Aquí se prevé la posible creación de una o más secciones, e incluso de una Sala de lo Penal en aquellas capitales que ya sean sedes de otras salas del Tribunal Superior, a los efectos de conocer de los recursos de apelación contra sentencias de las AP y otros recursos previstos en la ley.
- La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional respecto a las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de esta Audiencia; esas Salas se constituirán con tres magistrados.

5. LA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL.

5.1. Introducción.

La clave de la generalización de este principio procesal de la doble instancia, ha sido la Ley 41/2015, que ha permitido extenderla a los delitos más graves que hasta ahora quedaban al margen de esta vía siendo enjuiciados en una única instancia, a diferencia de los delitos menos graves o leves donde sí existía el doble grado. Para cubrir esa laguna, como ya se ha visto, se utilizaba inadecuadamente el Recurso de casación, intentando asemejarlo a una apelación.

El recurso ordinario de apelación, se interpone ante el órgano judicial que dictó la resolución que pretende recurrirse, pero es resuelto por el órgano superior al que dictó la resolución recurrida, de ahí su nota de recurso devolutivo. De esta forma se permite al recurrente un nuevo examen, reforzando la garantía de acierto de las cuestiones suscitadas.

En relación al análisis de la segunda instancia en cuanto tal no hay mucho más que decir, lo importante llegado este momento procesal, es analizar su funcionamiento, en especial, las carencias que presenta en su práctica o por el contrario, destacar las virtudes de su generalización.

5.2. Deficiencias de la doble instancia.⁵⁴

El gran avance, sin lugar a duda, de la Ley 41/2015, es la generalización de la segunda instancia, es decir, la extensión del recurso de apelación contra todas las sentencias penales (salvo para los aforados), articulándose además, un sistema que permite que el alto Tribunal pueda elaborar jurisprudencia en relación a todos los delitos, y el cumplimiento de las exigencias internacionales. Sin embargo, este sistema presenta deficiencias, que habrán de subsanarse con el paso del tiempo, mejorando el mismo.

En concreto, el modelo del doble grado muestra desigualdades para las partes procesales, acusador y acusado, así como una limitación de la potestad jurisdiccional del tribunal de apelación. De modo, que si es el condenado quién recurre, éste puede alegar de forma plena cualquiera de los motivos que recoge el Art. 790.2 primer párrafo de la LECRIMm, esto es, 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, pero si recurre la parte acusadora, su recurso sólo podrá fundarse plenamente en el primer y tercer motivo (quebrantamiento de las normas y garantías procesales, e infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación) y de forma limitada en el segundo (error en la apreciación de las pruebas). Por tanto, queda patente que con la nueva normativa existe una quiebra del principio de igualdad de armas procesales⁵⁵.

54

□ Vid. Bellido Penadés, Rafael 2015., “Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 2015”. Diario La Ley, N° 8618, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2015, Ref. D-360, Editorial LA LEY.

55

▫ Esta desigualdad fue puesta de manifiesto en la reunión de presidentes de TSJ, celebrada en Bilbao, del 19 al 21 de octubre de 2015, en la que se debatieron diversas ponencias, de las que se extrajeron diversas conclusiones. En el apartado sexto, de la primera conclusión, ponen de manifiesto que se ha establecido en nuestro sistema penal una apelación dual, con un régimen diferenciado para la parte acusada condenada y para las partes acusadoras. Así, mientras la parte condenada puede pretender una revisión plena de la sentencia objeto de recurso, proponiendo, incluso pruebas para su práctica en segunda instancia, las partes acusadoras únicamente pueden pretender la nulidad de la sentencia. Recomendando la necesidad de que los órganos competentes para conocer del recurso de

Otra de las deficiencias que presenta la Ley 41/2015 es un límite en la potestad jurisdiccional del tribunal de apelación. El órgano *ad quem* posee una potestad restringida en el caso de que la parte acusadora recurra la sentencia de primera instancia con base en el "error de apreciación de la prueba", pues en este caso no va a poder actuar ciertamente como un auténtico tribunal de apelación, al no poder sustituir esa primera valoración de la prueba realizada por el órgano *ad quo* por la suya propia, actuando simplemente como un tribunal de anulación, como ya se ha señalado en otra parte de este trabajo.

Esto es así porque la propia ley 41/2015 contempla que aunque el acusado base su recurso en el error de valoración de la prueba, la eventual sentencia del tribunal de apelación no puede condenar al anteriormente absuelto, ni agravar la pena del ya condenado, por lo que la única opción que tiene en estos casos, es anular la sentencia absolutoria o condenatoria dictada en primera instancia, así será un nuevo órgano judicial de primera instancia el que dicte una nueva sentencia que no se aleje de las máximas de experiencia, esté debidamente motivada o bien de lugar a la celebración de un nuevo juicio. Por ello se dice que la potestad del tribunal de apelación no es plena, sino que está restringida, al no estar habilitado para anular la valoración de la prueba efectuada por el órgano de primera instancia, ni para sustituir esa valoración por la suya propia, convirtiéndose en un mero tribunal de anulación.

Pero quizás el problema fundamental que presenta la doble instancia es el de la valoración de la prueba personal. A este respecto, la ya mencionada STC 16/2002⁵⁶ estableció como inadmisibles que el órgano *ad quem* pudiera revocar una sentencia absolutoria dictada por el órgano *ad quo*, y dictar una nueva sentencia ésta de naturaleza condenatoria basada en prueba personal no practicada mediante examen personal y directo, abordando así la problemática de la revisión de la prueba personal en sede de apelación, y la necesidad de

apelación penal (TSJs y AP) delimiten el alcance del pronunciamiento anulatorio de la sentencia absolutoria o condenatoria benigna.

56

□ Esta STC 167/2002, recogía una nueva tendencia jurisprudencial. Mientras que la línea anterior había sido la *congnitio plena* por parte del órgano superior, es decir, un nuevo y pleno análisis sobre lo ya juzgado con el único límite fijado por el principio *tantum appellatum quantum devolutum*. La línea nueva aboga por la exige al órgano superior que cuando proceda a la valoración de la prueba personal respete los principios de inmediación, contradicción y publicidad, garantizando un debate público a los acusados, a los testigos y a los peritos, pues de no ser así se estaría vulnerando el derecho a un debido proceso.

respetar la inmediación⁵⁷ en la práctica de la misma, pues es una garantía necesaria para hablar de un debido proceso. Esto deriva del hecho de que el órgano *ad quem* no está en el mismo nivel que el órgano *ad quo*, pues no se encuentran en una posición igualitaria a la hora de reiterar la prueba ya practicada. Para ello la doctrina y la jurisprudencia propusieron distintas soluciones con el fin de garantizar la inmediación en la práctica de la prueba personal, que proceden a analizarse con las críticas correspondientes. Antes de analizar las diversas alternativas que se proponen, cabe reseñar una pequeña consideración al principio de inmediación al que se han hecho numerosas referencias a lo largo del presente trabajo por el vínculo tan fuerte que guarda con la doble instancia penal, especialmente en relación a la valoración de la prueba personal.

Este principio informa nuestro sistema penal junto con el de oralidad, concentración, contradicción y publicidad que recoge el Art. 229 de la LOPJ. La inmediación exige que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración (STC 16/2009, de 26 de enero) y adquiere verdadera trascendencia en relación a las pruebas de carácter personal. Es el cauce para que exista un conocimiento directo y una percepción sensorial por parte del juzgador respecto a los medios de prueba que se practican ante su presencia. El propio TC lo define como una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada.

Sin embargo, mientras que el Art. 229 LOPJ da un margen mayor al uso de la videoconferencia para garantizar el cumplimiento de este principio (y siempre que se respeten la contradicción y defensa), el Art. 731 bis LECRIIm, parece reducir su uso de

57

□ Ver Artículo de BUENO JIMÉNEZ, Mauricio. "El principio de inmediación penal y la prueba por videoconferencia (relación entre los Art. 229 LOPJ y 731 bis LECRIIm)". *Noticias Jurídicas, Conocimiento, Artículos Doctrinales*. (Págs. 16 a 24).

manera excepcional a casos muy concretos, estableciendo que "El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Pero además el uso de la videoconferencia como medio válido de incorporación de la prueba en la fase oral tiene también su entronque en el espacio jurídico europeo. En concreto, y entre otros instrumentos, en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, se exigía en su Art. 10.1, como requisito para el uso de la videoconferencia criterios de oportunidad y posibilidad que debían ser valorados por el Tribunal ante el que se solicite la utilización de la misma.

En cualquier caso se establecen como garantías esenciales para que la prueba celebrada por videoconferencia sea válida a los efectos probatorios:

- a) que haya comunicación bidireccional (emisor-receptor) y simultánea (ambos pueden emitir a la vez);
- b) que dicha comunicación se dé en sus tres aspectos básicos: visual, auditiva y verbal;
- c) que haya una distancia físico-espacial entre el Juzgado donde haya de llevarse a cabo la prueba y el sujeto que deba prestarla, y
- d) que en cualquier caso las partes tengan posibilidad de contradicción inmediata, en garantía del derecho de defensa.

En conclusión, al margen de este conflicto entre los dos artículos de nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 229 LOPJ y el Art. 731 bis LECRIIm, no debe obviarse el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos, que obligan a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad, tal y como recoge la STS 161/2015, de 17 de marzo.

Dicho esto, en relación a las alternativas a las que se hacía referencia anteriormente para solventar el problema de la valoración de la prueba personal, la primera de estas propuestas plantea respetar el principio de contradicción, repitiendo la prueba ante el órgano de segunda instancia. Las críticas a esta propuesta son claras, es imposible una repetición exacta de una prueba personal, pues el tiempo pasa, los hechos no son tan recientes, los testimonios no son tan fiables... pudiendo esta nueva práctica arrojar un resultado diferente en la valoración, por el mero hecho de ser irrepetible.

La segunda propuesta pretende adaptar el mundo de las nuevas tecnologías al proceso penal, garantizando la inmediación a través de medios virtuales con el fin de salvar las deficiencias que se han visto de la inmediación real o física. De este modo el órgano competente en la apelación visualiza el juicio celebrado en la primera instancia por medio de una grabación, con pleno respeto a la defensa y a la contradicción. La fundamentación legal se hallaría en la Ley 13/2009⁵⁸, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial que entre otros, modifica los Art. 743.1 y Art.

58

□ Entre las importantes modificaciones que introdujo la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, destaca la novedad relativa a la grabación de los juicios orales en el proceso penal, así como la posible no presencia del secretario judicial si se cumplen determinados requisitos. Esta circunstancia no afecta al planteamiento ligado a la imposibilidad que el Tribunal *ad quem* pueda revisar la valoración de aquella prueba en la que se exija la inmediación de la que sí ha dispuesto el órgano de instancia, esto es a la exigencia de que se cumplan para ello en esta fase procesal las garantías constitucionales de inmediación y contradicción sin que por tanto puedan ser sustituidas por el simple visionado y examen de tal grabación

791 LECRIIm. En concreto este último artículo establece la posibilidad de las partes de solicitar al juez la reproducción de las grabaciones ante el *órgano ad quem*.

Esta propuesta también recibe críticas por parte del TC⁵⁹, que considera que no es una verdadera inmediación, ya que la inmediación a la que se refiere la jurisprudencia del TEDH exige un examen personal y directo por parte del órgano que ha de valorar la prueba personal, lo que no ocurría en este caso, pues el órgano de la apelación visualiza virtualmente las pruebas personales pero no existe ese examen personal y directo por su parte. Esta posición del TC era ya anterior a la Ley 13/2009, dado que en nuestra práctica forense ya se venían grabando los juicios orales.

Así la STC 120/2009 analiza si en una resolución dictada en apelación por la que se llega a un pronunciamiento condenatorio tras una valoración de pruebas de carácter personal, con la revocación de la resolución absolutoria de primera instancia, se respetaban las garantías de inmediación y contradicción ante el visionado por el tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral. Para resolver este interrogante hemos de recordar nuevamente que lo esencial de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración siendo una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano que la ha de valorar. Por tal motivo se identifica la actividad procesal que debería de desarrollarse en la segunda instancia para la valoración de los medios personales de prueba con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realizaría el correspondiente examen directo y personal que implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, descartándose su sustitución por la reproducción de la grabación de primera instancia.

A idéntica conclusión llega la STC 2/2010, sin perjuicio de que en ambas resoluciones se deje una puerta abierta a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la

59

□ Implicaría traspasar el límite constitucional insalvable fijado por la STC 167/2002 en relación a un proceso con todas las garantías, dado que precisamente los principios de publicidad, inmediación y contradicción, forman parte de su contenido e imponen sin reservas que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

grabación audiovisual en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. No solamente a los efectos de contrastar la declaración prestada en el juicio oral (a tal fin reproducida), en presencia de quien la realizó, para que aquel fuese interrogado sobre su contenido, sino también (y esto resulta relevante para casos futuros), de forma excepcional y justificada cuando la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de “modularse” en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia.

La tercera propuesta vino de la mano del Anteproyecto de 27 de julio de 2011, que presentaba un sistema de "apelación asimétrica" en su exposición de motivos. Se denomina asimétrica porque no existe una igualdad para las partes procesales, ya que si bien el condenado podía impugnar el fallo dictado en primera instancia por cualquier motivo, incluso solicitar la revisión de la valoración de la prueba realizada, la acusación sólo podría recurrir en apelación con fundamento únicamente en la posible infracción de la ley sustantiva o procesal.

Las críticas son obvias, integra un tratamiento desigualitario para las partes, si bien y a pesar de su incongruencia, esta fórmula, en puridad es la que verdaderamente respeta las exigencias del Art. 14.5 PIDCyP, pues permite sólo al declarado culpable a la revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta.

La última alternativa propone limitar el conocimiento del juez de apelación en la función de valoración de la prueba material, excluyendo la valoración de la prueba personal en sí misma. En contra de lo que pueda parecer, esta propuesta es la que mayor apoyo recibe por una parte de la doctrina.

En otro orden de cosas, un problema previsible y no resuelto por la Ley 41/2015 se refiere a la plantilla judicial, y no por ser un defecto de otra índole debe considerarse de menor gravedad. Así se puso de manifiesto en la reunión de presidentes de los TSJ, celebrada en Bilbao el 21 de octubre de 2015, en cuyas conclusiones sobre el derecho a una buena administración de justicia, manifestaban acoger positivamente esta reforma de la LECRIIm operada por la Ley 41/2015, pero al mismo tiempo expresaban la necesidad de aumentar el número de magistrados que componen la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ en un corto

periodo de tiempo⁶⁰, así como la necesidad de garantizar una especialización penal de los magistrados integrantes de la Sala encargada de resolver los recursos de apelación.

6. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN TARDÍA.

Como era de esperar, el incumplimiento tardío de las exigencias del TEDH de instaurar un verdadero sistema de doble instancia penal, han empezado a desplegar sus consecuencias prácticas, que implican la transformación de sus recomendaciones en verdaderas condenas, tal y como se refleja el caso siguiente.

El 29 de marzo de 2016, se publica la Sentencia del TEDH en el caso Gómez Olmeda contra el Reino de España, en la que se condena al estado español a indemnizar al recurrente, Jorge G.O., con 6.400,00€ más otros 3.138,62€ en concepto de costas y gastos del procedimiento.

Los antecedentes del caso eran los siguientes: en enero de 2011, Jorge G.O., administrador web de un foro de internet recibió varias denuncias por injurias y calumnias, fue condenado en primera instancia por el Juez de lo Penal nº 1 de Plasencia, a seis meses de prisión por desobediencia grave a la autoridad pública, y absuelto de otros cargos por delitos de injurias ,calumnias y encubrimiento de los particulares que realizaron tales mensajes en el foro. Debido a que el Juez consideró probado que el demandante había sido el administrador del foro en el que se publicaron mensajes difamatorios contra los querellantes en el proceso y que además ignoró la solicitud realizada por la policía de no alterar dichos mensajes (que fueron eliminados completamente de la página web del foro).

La sentencia fue recurrida en apelación tanto por el acusado, Jorge G.O., como por el Ministerio Fiscal, ante la Audiencia Provincial de Cáceres. El demandante no solicitó vista previa ni la Audiencia Provincial la ordenó, limitándose ésta a analizar las pruebas y revisar la grabación del vídeo del juicio oral en primera instancia. Lo que le valió para ratificar el 16 de

60

□ Así como la necesidad de una mayor dotación de letrados de la Administración de Justicia y funcionarios.

mayo de 2011, la condena del demandante⁶¹ por desobediencia grave a la autoridad que había dictado el Juzgado de lo Penal nº1 de Plasencia, declarándole a mayores culpable de un delito continuado de calumnias por el que se le impuso una multa diaria de 15 euros durante 18 meses, así como al pago de las costas procesales.

El ahora demandado interesó ante la Audiencia Provincial la nulidad de actuaciones del procedimiento anterior, siendo inadmitida su demanda el 29 de septiembre de 2011 por no considerarse infringida la normativa en vigor.

Posteriormente el demandante interpuso también sin éxito, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional citando el derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el Art. 24 de la Constitución y reclamando que la Audiencia Provincial le había condenado en apelación sin posibilidad defenderse en audiencia pública (por tanto, una apelación carente de los principios de inmediación y contradicción). El TC decidió no admitir el recurso el 13 de marzo de 2012 por no apreciar especial trascendencia constitucional.

Evidentemente la condena se debe a la inexistencia de un sistema de doble instancia penal que permita a los acusados acudir a un tribunal superior para recurrir la sentencia condenatoria dictada por el órgano de la primera instancia.

Finalmente el TEDH admitió la demanda de Jorge G.O., y falló condenar a España al pago de una suma total de 9.538,62€ (6.400,00€ en concepto de daños morales y 3.138,62€ en concepto de gastos y costas) por vulnerar el Art. 6.1 del CEDH.

Es obvio por tanto, y a pesar de la modificación legislativa necesaria en la LECRIIm operada por la Ley 41/2015, que los numerosos años de retraso en el cumplimiento de compromisos internacionales por España (asumidos desde el año 1977) darán lugar a otras condenas a nuestro país por supuestos ocurridos y recurridos con el mismo fundamento.

7. CONCLUSIONES

61

□ Los términos demandante-demandado se refieren al proceso que se sigue ante el TEDH, ya que en el ámbito interno se trata de un proceso penal en el que hay querellante y querellado.

La LECRim de 14 de septiembre de 1982, estableció en el orden penal, el principio de única instancia con posterior acceso a la casación, frente al sistema de doble instancia, por considerar que así se respetaban plenamente los principios de oralidad, inmediación y libre valoración de la prueba, y que además, permitía agilizar el proceso penal. Posteriormente con las reformas llevadas a cabo por la Ley de 8 de abril de 1967 y la Ley Orgánica 10/1980, se introdujo el principio de doble instancia sin eliminar el de única instancia, de modo que coexistieron ambos principios. Aplicándose el de única instancia para los delitos graves y a las causas contra aforados, y el de segunda instancia para el enjuiciamiento del resto de delitos.

Como consecuencia de las numerosas llamadas de atención y requerimientos formulados a España por parte del TEDH, exigiendo el cumplimiento de los Art. 14.5 PIDCP y Art. 2 del Protocolo N° 7 CEDH, en las que se dejaba claro que el sistema de casación español no permitía un examen íntegro de lo ya juzgado, el legislador español dio el paso definitivo tras numerosos intentos, con la Ley 41/2015, que modificó la situación descrita anteriormente, al generalizar la doble instancia penal, haciendo efectivo dicho principio mediante la extensión del recurso de apelación también para los delitos más graves que habían quedado excluidos del doble grado penal.

No puede obviarse el esfuerzo del legislador por cumplir las exigencias internacionales, si bien, tampoco puede olvidarse que la llegada tardía de la Ley 41/2015, tenga como consecuencia que continúen las condenas a nuestro país, como ha ocurrido con el caso Gómez Vázquez.

Además el legislador no debe finalizar aquí su labor, pues el camino para hablar de una verdadera generalización del doble grado penal aún no ha concluido simplemente por el mero hecho de haber dictado un instrumento legislativo que ya ha entrado en vigor, del que cabe reseñar por otra parte, su poco carácter innovador viendo los antecedentes históricos en nuestro derecho procesal en relación a la segunda instancia.

La ley 41/2015 presenta deficiencias, que requieren de una subsanación, desarrollo o establecimiento de las directrices necesarias para garantizar una verdadera igualdad entre las partes procesales (acusador y acusado), resolver el problema de la valoración de la prueba personal (respetando el principio de inmediación) garantizando así mismo una posición

igualitaria de los órganos *ad quo* y *ad quem* a la hora de reiterar la prueba practicada (quizás sea esta la mayor dificultad que se plantee) y solventar el problema de la plantilla judicial, modificando si fuera necesario la planta actual de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, que conforme a la reunión de presidentes de los TSJ celebrada en Bilbao del 18 al 21 de octubre de 2015, no permite la debida implantación de la reforma, siendo necesario a corto plazo, un aumento de la plantilla así como una especialización penal de los magistrados que integran la Sala encargada de resolver los recursos de apelación.

La deficiencia fundamental de la doble instancia, y por tanto la que más debates ha ocasionado, la plantea la valoración de la prueba personal con la necesidad de respetar el principio de inmediación en la práctica de la misma. Mi opinión a este respecto se vincula a favor de la segunda alternativa de las cuatro propuestas en su momento en este trabajo. Está claro que el órgano *ad quem* no se encuentra en una posición igualitaria respecto al órgano *ad quo* a la hora de reiterar la prueba personal, porque la repetición de la prueba no puede ser igual, configurándose como la solución más viable el uso de las nuevas tecnologías, especialmente de la grabación, que permiten una reproducción de la prueba practicada en primera instancia, siempre que se garantice la contradicción y defensa de las partes, evitando un debate filosófico innecesario sobre si esta alternativa es justa o injusta. Además, las tecnologías constituyen hoy un modo de vida que evolucionan a pasos agigantados, por lo que debe producirse una adaptación a las mismas al proceso penal, aprovechando las ventajas que nos pueden ofrecer, ya que a mi parecer resultaría prácticamente inviable hablar de un doble grado penal sin la existencia de las mismas, algo que ya ha sentenciado el propio TS.

El hecho de que esta sea la cuestión más debatida no implica que deban olvidarse el resto de problemas que plantea la segunda instancia penal, a los que también deben ir buscándose soluciones.

Para finalizar, cabe concluir que no deben reflejarse sólo los aspectos negativos, pues el paso más importante ya se ha dado, y debe acogerse positivamente la reforma operada en la LECRIIm por la Ley 41/2015, ahora únicamente queda matizar el sistema de doble grado instaurado para que presente el menor número de deficiencias posibles y sea verdaderamente efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

- Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29/12/1978).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 157, de 02/07/1985).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 260, de 17/09/1882.)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24/11/1995).
- 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.

Libros

- BANALOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJO NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. La Ley, Tomas, 2ª Edición, noviembre de 2011.
- CALDERÓN CUADRADO, Mª Pía. *La Segunda instancia penal*. Thomson - Aranzadi, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Tirant Lo Blanch, 22ª Edición, 2014.

Artículos de Revistas y Capítulos de Libros.

- BELLIDO PENADÉS, Rafael. "Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015". *Diario la Ley*, num. 8618, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2015.
- BUENO JIMÉNEZ, Mauricio. "El principio de intermediación penal y la prueba por videoconferencia (relación entre los Art. 229 LOPJ y 731 bis LECRIIm)". *Noticias Jurídicas, Conocimiento, Artículos Doctrinales*.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia. "Principios rectores del proceso judicial español". *Revista de Derecho UNED*, num. 8, 2011.

- ESCALADA LÓPEZ, María Luisa. " Las exigencias de la doble instancia penal". *Revista de Derecho Procesal*, num. 31, 2013.
- ESCALADA LÓPEZ, María Luisa. " La valoración de las pruebas de carácter personal en la segunda instancia penal". *Revista de Derecho Procesal*, num. 17, 2009.
- FEIJÓO MIRANDA, JOSÉ."Sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en la fase de apelación penal y la problemática actual existente respecto a la impugnación de las sentencias absolutorias de primera instancia: un ejemplo más de la trascendencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos".INFORME "El tiempo de los derechos" num. 30. HURI-AGE. Consolider Ingenio 2010.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. "Los principios de la prueba en el proceso penal español"
(https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf).
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo. "Generalización de la segunda instancia penal y dotación de tribunales: unas prospectiva cuantitativa y valoración al respecto de las reformas del Código Penal y la LECrim". *Diario la Ley*, num. 8711, Sección Doctrina, 26 de febrero de 2016.
- ORTIZ-ÚRCULO, Juan C. "La doble instancia en materia penal. Estado actual y perspectivas de futuro".
- Conclusiones de la Reunión de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia. (Bilbao, 18 a 21 de octubre de 2015).

Webs

- www.derechoshumanos.net (10 de mayo y 4 de julio de 2016).
- <http://definicion.de/instancia/> (abril 2016).
- <http://vinculacionjuridica.blogspot.com.es/2015/10/la-generalizacion-de-la-segunda.html>. (abril de 2016).
- http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Recursos-sentencia-penales_11_931930001.html (6 de mayo y 3 de julio de 2016).
- http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427953211?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_G%C3%B3mez_Olmeda_c._Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH (10 de mayo, 3 de junio y 19 de julio).

- <http://www.cms-asl.com/La-doble-instancia-penal-las-consecuencias-de-una-aplicacion-tardia-12-04-2016> (POST JURÍDICO- Manuel Sánchez-Puelles y Luis Javier Vidal). (22 de junio).
- http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTEzMztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQG ZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6oIEITUAAAA=WKE (5 de mayo y 3 de julio).
- <http://informativojuridico.com/la-sustituci%C3%B3n-de-una-sentencia-absolutoria-por-otra-condenatoria-requerir%C3%ADa-nueva-vista> (3 de junio y 16 de julio de 2016).

ANEXO II - Reformas legislativas vinculadas con la doble instancia penal

Norma MODIFICADORA ¹	Norma MODIFICADA	NATURALEZA de la modificación	CON
2003 - LO 19/2003	LOPJ 6/1985.	Reforma Orgánica	<ul style="list-style-type: none"> • Intro Penal • Crea
2006 - Proyecto de Ley de 27 de enero.	LEC. LECRIm.	Reforma sistema recursos.	
2009 - Ley 13/2009			<ul style="list-style-type: none"> •
2011 - Anteproyecto de LECRIIm.			
2012 - Borrador del Código Procesal Penal.			<ul style="list-style-type: none"> • Prete (Este
2014 - Anteproyecto de LO.	LECRIm	Fortalecimiento de las garantías procesales	<ul style="list-style-type: none"> • Prop
2015 <u>Marzo</u> - LO 1/2015 - LO 4/2015 <u>Abril</u> - Ley 4/2015 - LO 5/2015 <u>Julio</u> - Ley 16/2015 - LO 7/2015 <u>Octubre</u> - LO 13/2015 - Ley 41/2015	LO 10/1995 (CP) LECRIm / LOPJ LECRIm / LOPJ LECRIm	Calificación de los delitos Proceso Penal Proceso Penal Proceso Penal Proceso Penal Fortalecimiento de los derechos procesales	<ul style="list-style-type: none"> • Delit • Inter • derec • Mod enca • Gen

1

¹ Estas normas pueden modificar otras leyes o ser fruto de la Trasposición de Directivas Comunitarias, en este cuadro, se ha extraído de las mismas lo que guarda mayor vinculación con la doble instancia penal.

ANEXO I - Órgano *ad quo* y Órgano *ad quem*.

TIPOS DELITOS y PENAS (Art. 13 y Art. 33 CP)	TIPO DE PROCEDIMIENTO	COMPETENCIA JUDICIAL (criterio objetivo)	ÓRGANO AD QUO	ÓRGANO AD QUEM (en relación al recurso de apelación)
Delitos LEVES		Conocimiento y Fallo	JI o JVM	AP
Delitos MENOS GRAVES (Pena privativa de libertad de 3m a 5 años y penas de otra naturaleza, art. 33.2 CP)	Un único Procedimiento: <ul style="list-style-type: none"> • P. Abreviado → pena ≤ 9 años y/o penas de distinta naturaleza. Salvo competencia del TJ o de JM	Conocimiento y Fallo	JP JCP	AP AN
Delitos GRAVES (Pena Privativa de Libertad superior a 5 años y penas de otra naturaleza, art. 33.3 CP)	Dos tipos de procedimientos: <ul style="list-style-type: none"> • P. Abreviado → pena ≤ 9 años y/o penas de distinta naturaleza. • P. Ordinario → pena + 9 años (salvo competencia del TJ o JM). 	Conocimiento y Fallo Conocimiento y Fallo	JP JCP AP AN	AP AN TSJ Sala de apelación de AN en el 2º