



Universidad de Valladolid

TRABAJO DE FIN DE GRADO
PROBLEMAS DE LA APELACIÓN PENAL

Facultad de Derecho
Grado en Derecho 2010-2014
Irene Alonso Cortejoso

Título del trabajo: PROBLEMAS DE LA APELACIÓN PENAL

Nombre del Autor: IRENE ALONSO CORTEJOSO

Nombre del Tutor: NICOLÁS CABEZUDO RODRÍGUEZ

Fecha de la convocatoria a la que se presenta: 1ª CONVOCATORIA JULIO 2014

TRABAJO DE FIN DE GRADO: PROBLEMAS DE LA APELACIÓN PENAL

INDICE

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PREVIAS

1. Derecho a un proceso con todas las garantías.
2. El principio de inmediación: concepto y significado.
3. El proceso penal, derecho a recurrir, apelación penal y la segunda instancia
 - 3.1. Proceso penal
 - 3.2. Derecho a recurrir
 - 3.3. Recurso de apelación penal
 - 3.4. Estudio del ámbito de la segunda instancia y la influencia de la doctrina constitucional.

II. DOCTRINA CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA STC 167/2002

1. Doctrina anterior a la STC 167/2002
2. Aplicación de la doctrina anterior a la STC 167/2002 en los tribunales españoles.

III. EXÉGESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL INSTAURADA POR LA STC 167/2002

1. Antecedentes de la STC 167/2002.
2. La doctrina del TEDH y su influjo en el Ordenamiento jurídico español.

- 2.1. Jurisprudencia anterior a la STC 167/2002
- 2.2. Jurisprudencia posterior a la STC 167/2002
3. La STC 167/2002. Análisis de los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo.
4. Voto Particular de la STC 167/2002
5. Aplicación en los tribunales
6. Estudio de los requisitos exigidos por la doctrina constitucional
 - 6.1. Cuestiones de Hecho y cuestiones de Derecho
 - 6.2. Pruebas personales: declaraciones del acusado y de los testigos.
 - 6.3. Otras pruebas: prueba pericial y prueba documental.

IV. LA LEY 13/2009 Y LA INTRODUCCIÓN DE LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS COMO FACTOR DE RECUPERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y OPINIONES DOCTRINALES AL RESPECTO.

VI. EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL: una nueva perspectiva del recurso de apelación en el ordenamiento jurídico español.

1. El Borrador del nuevo Código Procesal Penal.
2. La revisión de la valoración de la prueba a tenor del CPP. Diferencias y similitudes con respecto a la regulación actual.

VII. CONCLUSIONES

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Abreviaturas utilizadas:

- Ad. ex: ad exemplum
- Art.: artículo.
- AP: Audiencia Provincial
- CE: Constitución Española de 1978
- CEDH: Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950
- CPP: Código Procesal Penal
- Ibíd.: ibídem
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TC: Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo

RESUMEN:

En el presente trabajo realizaremos un estudio pormenorizado de las garantías de la inmediación y de la contradicción en supuestos de sentencias absolutorias en la primera instancia que son revocadas por sentencias condenatorias en apelación y que resuelven a cerca de la culpabilidad o en base a la revaloración de pruebas personales, sin llevar a cabo un examen directo y personal del acusado.

A tal fin, habrá que prestar especial atención a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 167/2002 de 18 de septiembre por constituir ésta el motor del cambio doctrinal y jurisprudencial a raíz de la recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Así mismo, como consecuencia de la necesidad de adecuar la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente a la doctrina instaurada a partir del año 2002 y de reformar la legislación en este sentido, analizaremos las distintas líneas interpretativas de la jurisprudencia del TC así como las propuestas de regulación que se han venido promoviendo y, en especial, el Anteproyecto de Código Procesal Penal del año 2013.

- PALABRAS CLAVES: Derecho a un proceso con todas las garantías; sentencia absolutoria en la primera instancia; intermediación y contradicción; cuestiones de hecho y de derecho; pruebas personales.

ABSTRACT:

In the present work we will realize a study detailed of the guarantees of the immediacy and of the contradiction in suppositions of acquittals in the first instance that they are revoked by condemnatory judgments in appeal and that they solve to near the guilt or on the basis of the revaluation of tests of personal nature, without carrying out a direct and personal examination of the defendant.

To such an end, there will be necessary to pay particular attention to the Judgment of the Constitutional Court number 167/2002 of September 18 for constituting this one the engine of the doctrinal and jurisprudential change immediately after the receipt of the doctrine of the European Court of Human rights in our juridical internal classification.

Likewise, like consequence of the need of adapting the Law of Criminal in force Prosecution to the doctrine restored from the year 2002 and of reforming the legislation in this respect, we will analyze the different interpretive lines of the jurisprudence of the TC as well as the offers of regulation that they have come promoting and, in spice, the Preliminary design of Procedural Penal Code of the year 2013.

- KEY WORDS: right to due process; cases of acquittals in the first instance; immediacy and contradiction; questions of law and fact; personal proof

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PREVIAS

El Tribunal Constitucional español, inspirado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dedicado un exhaustivo y detenido análisis al alcance de las garantías constitucionales. Concretamente, las garantías que deberán observarse cuando alguien resulta condenado en la segunda instancia tras haber revisado su previa absolución en la primera. A este respecto encontramos numerosa y reiterada jurisprudencia a la que iremos haciendo mención en lo sucesivo.

La doctrina constitucional en esta materia encuentra su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de diciembre, que establece como máxima principal el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Dichos principios conforman el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de nuestro texto constitucional, y la observancia de los mismos impone que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

1. Derecho a un proceso con todas las garantías:

El derecho a un proceso con todas las garantías viene reconocido en el artículo 24.2 de la CE ubicado en la Sección primera, Capítulo segundo del Título Primero que recibe por rúbrica «De los Derechos y Deberes fundamentales». En virtud de lo dispuesto en dicho precepto, «...todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». El número 1 de este mismo artículo recoge y reconoce expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tal y como apunta GIMENO SENDRA, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al tratarse de un vicio «in procedendo», ha de conllevar la nulidad de la sentencia y de las actuaciones practicadas con el reenvío al tribunal penal de instancia a fin de que emita nueva Sentencia, la cual podría ser condenatoria si se respeta dicho derecho fundamental.

Los derechos fundamentales que el TC ha subsumido en este derecho fundamental son el derecho a la igualdad de armas, cuando el acusador y el imputado gozan de los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación en la actuación procesal, el derecho al principio acusatorio y el derecho a la inmediación del tribunal *ad quem* en la valoración de las pruebas de carácter personal¹.

Este derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en aplicación de la doctrina del TEDH y aunque fuera reconocido ya antes, es también objeto de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, donde el Tribunal Constitucional lleva a cabo una relectura del mismo siendo secundado por una amplia jurisprudencia cuyo estudio abordaremos más adelante.

2. El principio de inmediación: concepto y significado

Cuando hablamos del principio de inmediación, estamos haciendo alusión a la la ineludible exigencia de que los miembros del Tribunal sentenciador estén presentes en la práctica de las pruebas, así como en los actos alegatorios de las partes.

Como señala MAGRO SERVET, la trascendencia del principio de inmediación tiene que enfocarse desde el punto de vista constitucional o procesalista, y no desde el de la eficacia². En el mismo sentido, para CORTÉS DOMÍNGUEZ, «la inmediación es un valor en sí mismo y que cualquier valoración que se quiera hacer de este principio tiene que dejar fuera las apreciaciones más o menos sociológicas sobre si es más o menos eficaz, o sobre si es más o menos imprescindible que el órgano judicial reciba directamente los actos

¹ GIMENO SENDRA. V. Derecho Procesal Penal. Ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters. Pamplona, 2012. Págs. 107 y 108.

² MAGRO SERVET. V. «Principio de Inmediación». Enciclopedia Jurídica, en Diario La Ley, nº 3566/2008. Pág. 1.

procesales»³ o, lo que es lo mismo, si se vulnera la inmediación se ataca la esencia misma del proceso.

Hay que tener en cuenta que la inmediación supone para el juez ante el que se celebra el juicio una ventaja a la hora de valorar las pruebas que se practiquen en su presencia y dicho juez podrá, además, disponer de mejores elementos para juzgar que los órganos superiores ante los que se pueden interponer recursos contra las sentencias que el juez *a quo* dicte, tal y como resulta del modelo de impugnación regulado en el ordenamiento español. Si bien es cierto que la resolución de los procedimientos judiciales ha de ser lo más ágil posible, tal agilidad no puede justificar la inobservancia del principio de inmediación ya que este principio rector del procedimiento permite al juez conocer los hechos y las pruebas en base a los cuales decidirá sobre el fondo del asunto. En definitiva, el juez ha de estar presente en todas y cada una de las actuaciones judiciales que requieran de su presencia ya se trate de juicios, vistas o comparecencias.

El artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000 configura el alcance de la inmediación y sirve de referente para el resto de procedimientos del ordenamiento jurídico, incluido el ámbito procesal penal, dado su carácter supletorio *ex artículo 4*, sin ceñirse exclusivamente al orden jurisdiccional civil. A tenor de aquel precepto de la LEC, «los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que haya de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente». Además el número 2 extiende la inmediación tanto a las vistas como a las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes. La observancia de la inmediación en el proceso cobra tal grado de exigencia que su infracción determina «la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones» (art.137.4 de la LEC).

Por su parte, la doctrina ha venido formulando distintas concepciones del principio de inmediación considerándose éste como un principio atinente a las relaciones entre el juez o el tribunal sentenciador y el objeto del proceso, o como una imposición al juzgador

³ , Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Constitución española y los principios rectores del proceso civil», Principios Constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 1993, Págs 139-140.

de hallarse en contacto inmediato con los demás sujetos que intervienen en el proceso, o con los actos de parte; o como regla que pone en conexión al órgano decisor con el objeto de la causa y los sujetos procesales, o con las partes y las pruebas; o como el contacto permanente del juez con todos los elementos del proceso aptos para formar su convicción, tanto subjetivos como objetivos⁴.

El principio de inmediación, como función esencial, garantiza el conocimiento directo y la percepción sensorial del juzgador de los medios de prueba practicados en su presencia. Dicho principio se encuentra estrechamente conectado con el procedimiento oral en el que se dictará sentencia en base a lo visto y oído en el juicio y no en la documentación de los actos probatorios.

En base a esa exigencia de inmediación, la prueba habrá de practicarse ante el órgano judicial que tenga encomendada su valoración y, en este sentido, declara la STC 16/2009, de 26 de enero, que «es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho»⁵.

Es necesario tener presente que tanto la actividad probatoria como la actividad alegatoria oral exige la inmediación del órgano judicial decisor y que el principio de inmediación ha de entenderse desde una doble perspectiva en tanto en cuanto las fuentes de conocimiento llevan consigo el conocimiento directo, vertiente que se denomina pasiva o contemplativa, pero también, como complementaria de la anterior, encontramos una vertiente activa o dinámica, concretamente, cuando el juzgador interacciona con esas

⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ. N. Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos. Págs. 19 y 20.

⁵ Vid. STC 16/2009, de 26 de enero. BOE núm.49, jueves 26 de febrero de 2009: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/26/?s=T>

fuentes y garantiza la integridad del procedimiento y los derechos de las partes en el proceso. Como se puede observar, surge entre la inmediación y el ejercicio de la función jurisdiccional de juzgar una íntima conexión que no se puede obviar a la hora de resolver las cuestiones litigiosas en el proceso penal⁶.

En todo caso, característica fundamental del principio de inmediación que planea sobre todas estas consideraciones es la inmutabilidad del juzgador entendiendo por tal la necesidad de que el juez de la prueba, esto es, quien ha presidido la misma, coincida con quien está llamado a resolver la causa, tanto es así que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 256 dispone que cuando fuere trasladado o jubilado algún Juez o Magistrado, éste deliberará, votará, redactará y firmará las sentencias en los pleitos a cuya vista hubiere asistido, y que aún no se hubieren fallado, para proteger la inmediación en la actividad probatoria.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han llevado este principio hasta sus últimas consecuencias impidiendo al tribunal de apelación utilizar la grabación de un vídeo, mediante su visionado, para llegar a una diferente apreciación en la valoración de la prueba practicada por el juez a quo. Así lo recoge la STC 30/2010 de 17 de mayo de 2010⁷ cuando afirma que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, exige que toda condena que se sustente en pruebas personales encuentre su fundamento en una actividad probatoria examinada tanto directa como personalmente en un debate público por el órgano judicial. Por tanto, la celebración de vista pública en este caso, es decir, en segunda instancia, deviene necesaria. Por otra parte, en los supuestos en que la Sala de apelación proceda a la reproducción del soporte videográfico del juicio absolutorio de primera instancia, de conformidad con la doctrina mantenida por el TEDH, el TC impone que ese examen directo y personal conlleve la concurrencia temporal y espacial de quien declara y ante quien se declara. De manera que, la garantía constitucional exige que quien haya de juzgar tenga ante sí a quien declara y que este declarante pueda por su parte dirigirse a quien ha de valor sus manifestaciones.

En suma, el visionado del juicio de primera instancia no sería suficiente para entender que se han cumplido las garantías constitucionales que se exigen en la segunda

⁶ CABEZUDO RODRÍGUEZ. Op, cit., págs 42 y 43.

⁷ Vid. STC 30/2010 de 17 de mayo de 2010 en Diario La Ley 49061/2010.

instancia siendo inexcusable la presencia física del declarante para poder afirmar que la intermediación no ha sufrido vulneración alguna.

3. El proceso penal, derecho a recurrir y apelación penal

3.1. Proceso penal:

El proceso penal español puede definirse, en opinión de CERES MONTES⁸, como aquel proceso tramitado ante una autoridad judicial cuyo objeto consiste en el enjuiciamiento de determinadas acciones u omisiones, a los efectos de determinar si son o no constitutivas de delito o falta (aquellos que se tipifiquen como tales en nuestro Código Penal), procediendo bien a condenar bien a absolver a los acusados en un juicio oral, salvo que en la fase de instrucción o de preparación del juicio se proceda al archivo o sobreseimiento del proceso por algunas de las causas previstas legalmente en los artículos 637 y 641 de la LECrim., realizando, en su caso, un especial pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil indemnizatoria que proceda.

Un sistema de proceso penal, como se nos indica en la propia Exposición de motivos de la LECrim., trata de conciliar, por un lado, los intereses de la sociedad en la persecución y castigo de las infracciones penales cometidas y, por otro, los derechos del acusado a defenderse y a un proceso con todas las garantías, evitando así condenas injustas para el justiciable.

Encontramos dos sistemas a la hora de organizar el proceso penal: el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio. En el primero de ellos el juez interviene de oficio, pues goza de poderes de acusación aunque pueda compartirlos en ocasiones con el Ministerio Fiscal, el procedimiento es secreto incluso para el acusado, la tramitación es escrita y la defensa del imputado se reduce al mínimo fruto de la disparidad de poderes entre este último y el juez acusador.

En segundo lugar tenemos el modelo acusatorio, que se diferencia del anterior en que la acusación ha de ser propuesta y mantenida por otra persona que no sea el juez, el

⁸ CERES MONTES. J.F. Proceso Penal. Enciclopedia jurídica, en Diario La Ley 3641/2008, pág 1.

cuál queda excluido de la búsqueda de pruebas, tarea encomendada a la partes. Además, los principios inspiradores de este procedimiento son el de publicidad y oralidad, así como la igualdad de derechos y obligaciones entre las partes.

Como consecuencia de lo anterior surgen los sistemas mixtos, los cuales se nutren de elementos procedentes de ambos sistemas, primando el inquisitivo en la fase de instrucción y el acusatorio en la fase de juicio oral.

El sistema acusatorio formal o mixto es el sistema que acoge el proceso penal español. Por un lado, se caracteriza por una fase sumarial en la que prima el principio inquisitivo y cuya dirección le compete al Juez de Instrucción, y por una fase de juicio oral donde se manifiesta el principio acusatorio que ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional como uno de los principios que forma parte de los derechos contenidos en el artículo 24 de la CE. Sirva de ejemplo la STC 53/1989, de 22 de febrero⁹, que en su fundamento jurídico segundo expone: «Es doctrina reiterada de este Tribunal en orden al principio acusatorio, que éste forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en el art. 24 de la Constitución y que, por tanto, dicho principio ha de aplicarse también en la fase de apelación de las Sentencias».

3.2. Derecho a recurrir

En la primera instancia los órganos judiciales aplican la ley en los asuntos de que conocen debiendo observar las normas constitucionales sustantivas o procesales, las normas ordinarias materiales para resolver sobre el fondo y las normas procesales ordenadoras de la actividad que se requiere para llegar a una resolución. En ocasiones estas normas pueden entenderse o aplicarse incorrectamente o, al menos, así ser considerado por alguna de las partes, y también puede estimarse que el juzgador ha cometido un error a la hora de determinar la base fáctica de su decisión. En estos casos, entran en juego los medios de impugnación previstos por la ley que permiten a quien se estime agraviado por la

⁹ Vid. STC 53/1989, de 22 de febrero, FJ 2., en Diario La Ley 117251-NS/0000.

decisión judicial impugnarla solicitando una más beneficiosa para sus intereses ya sea modificando, sustituyendo o anulando la anterior¹⁰.

En la Constitución Española no se impone la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos sino que la configuración del sistema de recursos es competencia del legislador, el cuál puede arbitrar los medios impugnatorios que estime por convenientes, con arreglo a los criterios de ordenación que considere oportunos¹¹.

Sin embargo, esta regla general se excepciona cuando nos encontramos en el ámbito penal como consecuencia del artículo 14.5º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 6 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977, en virtud del cual «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». Es decir, la excepción del proceso penal viene dada por la normativa internacional, que reconoce en este artículo el derecho del condenado a un juicio revisorio¹².

Nuestro ordenamiento interno, concretamente, el artículo 96.1º de la CE recoge dicho precepto que ha de ser tenido en consideración a la hora de interpretar las normas que reconocen los derechos fundamentales y libertades constitucionales (artículo 10.2º CE), o lo que es lo mismo, la normativa internacional a la que se ha hecho referencia es aplicable en nuestro Derecho conforme a las previsiones de éste artículo 10. 2º de la CE, a cuyo tenor «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España ».

A este respecto hay que señalar que la doctrina constitucional, *ad exemplum* la STC 70/2002 de 3 de abril, advierte que una de las garantías del proceso penal a las que se

¹⁰ MONTERO AROCA J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, 20ª edic., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Págs. 353 y ss.

¹¹ Vid. SSTC 223/2002, de 25 de noviembre, y 120/2009, de 18 de mayo.

¹² CACHON VILLAR. P. «La doble instancia penal y el recurso de casación», en Revista jurídica de Castilla y León, Nº. 10, 2006, pagina 17.

refiere la CE en su artículo 24 es el derecho del condenado a recurrir ante un tribunal superior. En otras palabras, el derecho reconocido en el art.14.5 del PIDCP ha de interpretarse no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado¹³.

Por tanto, como apuntábamos anteriormente, el derecho al recurso es un derecho de configuración legal, salvo en el ámbito del procedimiento penal. Esta afirmación es doctrina constitucional que ha sido reiterada en numerosas sentencias entre las que cabe destacar la STC 223/2002, de 25 de noviembre, que claramente lo expone de la siguiente manera: « [...] este Tribunal viene manteniendo, a partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art.24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal por razón de la existencia en él del derecho del condenado al doble grado de jurisdicción, sin que pueda encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (por todas, STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1, dictada por el Pleno de este Tribunal)».

En este contexto cobra especial protagonismo el recurso de apelación, éste es el recurso ordinario por excelencia tal y como viene manifestándose por parte de la doctrina. A través de dicho recurso se pretende llevar a un órgano superior las cuestiones que fueron decididas en la sentencia que se recurre con el fin de conseguir que este segundo órgano

¹³ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, fundamento jurídico 7º.

dicte una nueva resolución que sustituya a la recurrida con pronunciamientos más favorables para el recurrente¹⁴.

Se abre así camino para que un nuevo juez decida sobre el fondo de lo resuelto, teóricamente en base a los mismos términos y condiciones que el que dictó aquella, por lo que se suele decir que esta apelación puede producir la apertura de una segunda instancia, al haber tenido ya lugar una primera en la que se dictó la sentencia que se apela. El problema que se plantea es que para que podamos hablar de una segunda instancia propiamente dicha, ante el segundo órgano habría de reproducirse la vista oral y deberían volver a practicarse las pruebas a fin de encontrarse este último en las mismas condiciones para resolver que el primero.

3.3. Recurso de apelación penal

En el procedimiento abreviado cabe interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas en el mismo. El recurso de apelación es un instrumento o medio de impugnación ordinario y devolutivo. Es ordinario por cuanto cabe interponerse por cualquier motivo, y devolutivo en la medida en que es un órgano superior o tribunal *ad quem* al que le compete su resolución.

Los motivos en que puede fundarse el recurso de apelación son el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del ordenamiento jurídico (art.790.2 de la LECrim).

El recurso de apelación en el ordenamiento procesal español hay que examinarlo en relación con el modelo de cognición limitada que acoge. El modelo de apelación restringida es aquel en el que la cognición del tribunal *ad quem* está limitada al objeto de la primera instancia, lo que se conoce como «*revisio prioris instantiae*», y dentro de los límites del perjuicio afirmado por el recurrente. En cambio, un sistema de apelación plena es aquel en el que el asunto, que ha sido resuelto por el juez o tribunal de menor, va a ser conocido por el tribunal superior ex novo.

CABEZUDO RODRÍGUEZ¹⁵ apunta que cuando nos hallamos ante un modelo de apelación restringida, el conocimiento del órgano de apelación es más sesgado que el del

¹⁴ MONTERO AROCA. Op, cit. Pág 353.

¹⁵ CABEZUDO RODRÍGUEZ. Op, cit. Pág. 108.

juez o tribunales de primera instancia. Por ello, en tanto en cuanto nuestro ordenamiento jurídico atiende a dicho modelo, las posibilidades de revisión de la causa se limitan o se reducen a los hechos y materiales ya valorados previamente y en los términos del recurso. En apelación, además, la práctica de pruebas ya efectuada en primera instancia está prohibida por ley salvo en los supuestos del artículo 790.3 de la LECrim, a saber, el recurrente podrá solicitar en el escrito de formalización del recurso la práctica de diligencias de prueba que no pudo proponer en primera instancia, de las que hubiere propuesto pero que le fueron indebidamente negadas, siempre y cuando en este caso hubiere formulado la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le son imputables.

La conclusión que se desprende de lo que acabamos de exponer es la posición de inferioridad en la que se halla el tribunal de apelación respecto del órgano *a quo*, ya que éste dispone de fuentes de conocimiento más directas, y más concluyentes, para formar su convicción.

3.4. Estudio del ámbito de conocimiento en la segunda instancia y la influencia de la doctrina constitucional

En el ordenamiento jurídico español, el recurso de apelación no genera una segunda instancia entendida como «*novum iudicium*» o, lo que es lo mismo, un nuevo proceso en el que se pueden formular nuevas alegaciones, introducir elementos fácticos y probatorios, o repetir pruebas ya practicadas en la primera, ya que, en este caso, estaríamos hablando de un modelo de apelación plena, mientras que el modelo español se corresponde con un sistema de apelación limitada o restringida.

En el sistema de apelación limitada la facultad que tiene el tribunal *ad quem* es la de revisar lo actuado por el juez *a quo*, pero siempre sobre la base de lo juzgado en la primera instancia. No es posible que se puedan introducir nuevas pretensiones o plantear cuestiones nuevas o temas que no hayan sido objeto de controversia en la primera instancia. Estas cuestiones nuevas solo se admiten, con carácter excepcional, cuando se trate bien de una atenuante o eximente que se desprenda del contenido fáctico de la sentencia impugnada o

bien de una infracción de un derecho fundamental que, en su caso, debe haber sido considerado por el tribunal¹⁶.

El ámbito de conocimiento del tribunal *ad quem* que se encuentra condicionado por dos principios básicos: la prohibición de la «*reformatio in peius*» y el principio «*tantum devolutum, quantum appellatum*».

En aplicación del principio de prohibición de la «*reformatio in peius*», el tribunal *ad quem* no puede dictar una sentencia más gravosa o perjudicial para el condenado recurrente que la dictada en primera instancia, siempre que sea el condenado el único que recurre.

En otras palabras, la «*reformatio in peius*» o reforma peyorativa tiene lugar cuando el recurrente ve empeorada o agravada las situación previamente declarada o creada por la resolución objeto de impugnación, es decir, con la resolución que decide el recurso obtiene un efecto contrario al que perseguía cuando recurrió, el cuál era eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución impugnada¹⁷. Sin embargo, para que la existencia de la «*reformatio in peius*» pueda apreciarse esa situación agravada ha de resultar de su propio recurso sin que medie la pretensión impugnatoria de la otra parte.

El TC ha considerado esta prohibición de la reforma peyorativa como una garantía de la no indefensión que se incluye en el artículo 24.1 de la CE cuya finalidad es la de evitar que la situación jurídica que se establezca por la sentencia sea alterada o modificada perjudicando a quien la recurre, salvo que exista pretensión de signo contrario que se dirija precisamente a obtener ese resultado peyorativo para el recurrente o este resultado venga legitimado en la aplicación de las normas de orden público.

En definitiva, lo que se pretende poner de manifiesto con el párrafo que precede es aquella situación que se produce cuando, además de recurrir el condenado, recurre el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras o, en su caso, concurre la excepción al principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, es decir, el empeoramiento de la situación del recurrente deriva de la aplicación de las normas de orden público, que es deber del juez independientemente de que las partes lo soliciten o no¹⁸. Respecto de esta excepción se han

¹⁶ TOMÉ GARCÍA, A. Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal. Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013, edit. Colex, Madrid, 2013. Pág 28.

¹⁷ Vid. STC 28/2003, de 10 de febrero, fundamento jurídico 3º

¹⁸ Vid. Ad. ex. STC 249/2005, de 15 de noviembre.

planteado ciertas críticas, destacando la opinión de RUIZ MORENO que entiende que la actitud del recurrente ocasiona directamente el agravamiento de su situación primitiva por cuanto de su única y exclusiva iniciativa ha hecho intervenir al tribunal¹⁹.

Además de la prohibición de la «*reformatio in peius*», otro de los principios que limita el conocimiento del tribunal *ad quem* es aquel que imposibilita el entrar a conocer aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación. Esto es, en esencia lo que entraña la aplicación del principio «*tantum devolutum, quantum appellatum*», siendo la proscripción de la indefensión el fundamento que justifica en el proceso penal la observancia del mismo.

La revisión de la valoración de las pruebas de carácter personal en la segunda instancia es el ámbito jurídico sobre el que planea continuamente la doctrina del TC y de ahí la importancia que debemos prestarle ahora. Por otra parte, las pruebas que se practican en el juicio oral y ante el juez *a quo* pueden ser de diversa naturaleza y, por ello, hay que tener presente que cuando hablamos de pruebas personales estamos haciendo referencia al interrogatorio del acusado, las declaraciones de los testigos o las manifestaciones de peritos en la vista oral cuando se sometan a contradicción los dictámenes periciales.

La regla general otorga prevalencia a la valoración efectuada por el juez a quo ante el que se practicaron las pruebas mencionadas y, por ello, debe mantenerse su criterio salvo que éste sea manifiestamente erróneo o insuficiente, o cuando las valoraciones sean consideradas absurdas o desacertadas.

Es la jurisprudencia del TC la que avala dicha regla y encuentra la razón de ser de ésta en la trascendencia y relevancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad en el ámbito penal, especialmente cuando es la credibilidad de las declaraciones de los acusados, testigos o acusados lo que se discute en segunda instancia. La STC 3/1996, de 15 de enero de 1996, declara que «en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 L.E.C.), como una “*revisio prioris instantiae*”, en la que el Tribunal Superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (“*quaestio facti*”) como en lo

¹⁹ RUIZ MORENO, J.M., La prohibición de la *Reformatio in peius* en el Proceso Penal Español: su consideración a la luz de la jurisprudencia, edit. Aranzadi, Cizur Menor –Navarra- 2010, págs.70 y 71

relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (“*quaestio iuris*”), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la “*reformatio in peius*”, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (“*tantum devolutum quantum appellatum*”) (ATC 315/1994)»²⁰.

En definitiva, quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de otorgarse a lo visto y oído en el juicio oral es el juez *a quo*, el cual puede apreciar y valor los medios de prueba de carácter personal ya que su convicción sobre los mismos también se forma por los gestos de la persona, su expresión facial, su tono de voz y firmeza, porque duda o se muestra inseguro en las manifestaciones que efectúa o las mismas son incoherentes.

Respecto de estas pruebas que se practican en el juicio y en presencia del juez, éste tiene la facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia, que expresamente le reconoce el artículo 741 de la LECrim., siempre que el proceso valorativo esté debidamente motivado en la sentencia y que podrá ser modificado cuando éste sea ficticio por no existir el debido soporte probatorio o cuando se haya producido un manifiesto error del juez a quo que exija necesariamente un cambio de la realidad fáctica establecida en la sentencia apelada. Este error en la apreciación de la prueba habrá de ser evidente y notorio o que la narración descriptiva sea inexacta o que el error sea de tal calibre que sea suficiente para modificar el sentido del fallo²¹.

No obstante, las posibilidades de revisión del tribunal *ad quem* difieren según se trate de impugnar una sentencia condenatoria o una sentencia absolutoria.

Con la STC 167/2002, de 18 de septiembre de 2002, el tribunal *ad quem* no puede revisar la valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia cuando sea exigible en las mismas la inmediación y contradicción, como es el caso de las pruebas personales, siempre y cuando nos encontremos ante una sentencia absolutoria que se funda en la apreciación de la prueba y si en la apelación no se practican nuevas previas. Además, se ha

²⁰ Vid. STC 3/1996, de 15 de enero de 1996. BOE: lunes 19 de febrero de 1996 núm.43. suplemento del TC.

²¹ TOMÉ GARCÍA, A. Op, cit. Pág 30.

de otorgar prevalencia a la valoración de las pruebas de carácter personal efectuada por el juez *a quo* como ya hemos anticipado.

Como resultado de la doctrina instaurada por el TC, la única posibilidad que le queda al tribunal *ad quem* de revisar la valoración de las pruebas personales que el juez *a quo* hubiera efectuado sería la de que tales pruebas se practiquen de nuevo ante dicho tribunal *ad quem* pues, de esta forma, se respetarían los principios de inmediación y contradicción. El problema es que esta posibilidad que subyace de la doctrina del Alto Tribunal no es viable en nuestro proceso penal atendiendo a lo dispuesto por el artículo 790.3 LECrim. En suma, no resulta factible practicar en segunda instancia pruebas ya practicadas ante el juez *a quo*.

Actualmente, como señala TOMÉ GARCÍA, resulta imposible que el tribunal *ad quem* revoque una sentencia absolutoria por error en la apreciación de las pruebas de carácter personal y, además, supone tanto para el Ministerio Fiscal como para el resto de las demás partes acusadoras la imposibilidad de recurrir en estos casos sin que ello suponga infracción del derecho a obtener la tutela judicial²².

No obstante, y sin perjuicio de las afirmaciones anteriores, hay determinados supuestos en los que la celebración de una audiencia pública contradictoria bajo la inmediación del tribunal *ad quem* resulta prescindible y, en estos supuestos, será posible revocar una sentencia absolutoria en segunda instancia pudiendo incluso resultar condenado quien había sido absuelto en primera instancia. Estos supuestos son a los que nos referimos a continuación.

En primer lugar, cuando, a partir de la declaración de los hechos probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia o debate entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica, la doctrina de la STC 167/2002 no es aplicable tal y como se indica en la STC 170/2002, de 30 de septiembre, en su fundamento jurídico 15º:

«Es indiscutible que el Tribunal de apelación tenía que resolver sobre la cuestión de la culpabilidad o inocencia del demandante de amparo y es el primero en condenarle, lo que nos situaría, en principio, en el grupo de casos en los que sería necesario oír personalmente al acusado conforme a la jurisprudencia del Tribunal europeo; ahora bien, lo cierto es que

²² *Ibíd.*, Pág 33.

la condena no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad del propio acusado o de la prueba testifical, sino en la distinta valoración jurídica de un hecho documentado en los autos y de cuya existencia parte la Sentencia de instancia al realizar la fundamentación jurídica». Continúa diciendo que «a partir de estos hechos probados, la Sentencia condenatoria procede, en el fundamento quinto, a realizar una distinta valoración jurídica, considerando que de los mismos puede deducirse la existencia de título idóneo para el delito de apropiación indebida y rechazando la argumentación de la Sentencia apelada, en el sentido de que la obligación derivada del pacto no era unilateral, sino recíproca. Por tanto, puede afirmarse que el núcleo de la discrepancia entre las dos resoluciones es una cuestión estrictamente jurídica, para cuya valoración no era necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal podía decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado y que, por tanto, no se ha producido la denunciada vulneración de la garantía de inmediación, ni del derecho a un proceso justo, ni de la presunción de inocencia. Esta conclusión es conforme tanto con la nueva doctrina de este Tribunal, como con la jurisprudencia del Tribunal europeo»²³.

Por tanto, cuando nos encontramos en esta situación no resulta necesario oír al acusado, absuelto en primera instancia, en un juicio público, y el tribunal *ad quem* está facultado para resolver el asunto sobre la base de lo actuado.

En segundo lugar, cuando nos hallamos ante pruebas que pueden ser valoradas en segunda instancia sin necesidad de reproducción de las mismas tampoco resulta imprescindible la celebración de una audiencia pública contradictoria. Concretamente, se está haciendo referencia a las pruebas documentales y periciales, siempre y cuando en este último caso se valore la prueba pericial sólo a través del escrito que la documenta.

Respecto de la prueba documental, nuestro TC viene afirmando expresamente que la valoración de la misma es posible en segunda instancia sin que por ello sea requisito necesario la reproducción del debate procesal. Ello se debe a que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió en su valoración. Entre otras, encontramos las SSTC 198/2002, de 26 de octubre; 230/2002, de 9 de diciembre o 154/2011, de 17 de octubre.

²³ Vid. STC 170/2002, de 30 de septiembre, fundamento jurídico 15°. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal cuando de una prueba pericial se trata, teniendo que atender en tales casos a su naturaleza y a la del delito enjuiciado. De manera que, cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden otorgar convicción a las conclusiones del mismo, podrá ser valorada la prueba sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal²⁴. En definitiva, el tribunal de apelación está valorando la prueba pericial mediante el reflejo escrito que la documenta²⁵.

Asimismo, no es necesario tal audiencia cuando el tribunal *ad quem* revise las inferencias de la prueba indiciaria en la medida en que tales inferencias se funden en las reglas de experiencia no supeditadas al principio de inmediación.

Esta afirmación se refiere a los supuestos en que la resolución se separa del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación pero, a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las logradas por el órgano de instancia. Ello es posible puesto que el proceso deductivo que se ha seguido se basa en reglas de experiencia que no dependen de la inmediación y, en consecuencia, no se vulnera garantía constitucional alguna²⁶. Es decir, se podrá resolver sobre la base de lo actuado de manera adecuada sin necesidad de reproducir el debate procesal y siendo prescindible la inmediación.

No obstante lo anterior, indudablemente, cuando sobre la base de indicios que provienen de la valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano *a quo* sin celebrar nueva vista y sin haber podido examinar directa y personalmente dichas pruebas, se estaría vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías.

La delimitación negativa de la doctrina constitucional, que hemos analizado hasta ahora, es también extrapolable a las pruebas personales cuando el tribunal *ad quem* se limite a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En este caso, su actuación no consiste en enjuiciar el resultado que

²⁴ Vid. STC 75/2006, de 13 de Marzo, fundamento jurídico 8º.

²⁵ Vid. STC 143/2005, de 6 de junio, fundamento jurídico 6º.

²⁶ Vid. STC 126/2007, de 21 de mayo.

se ha alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico para llegar hasta él.

A ello se alude en la STC de 18 de mayo de 2009 en los siguientes términos:

« [...] no siempre la resolución de un recurso de apelación en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la celebración de una audiencia pública contradictoria, si el Tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el Tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez a quo y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados. En cualquier caso, el juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia con el lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración —esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa— como en su carácter fidedigno —esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad— pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia»²⁷.

Lo que se quiere poner de relieve, en primer lugar, es que son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos, las garantías de inmediación, publicidad y contradicción. Y, en segundo lugar, que estas garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena o de la absolución cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en certificar la correcta

²⁷ Vid. STC 120/2009, de 18 de mayo de 2009. BOE núm. 149, de 20 de junio de 2009.

aplicación de las reglas que han posibilitado la conformación del relato incriminatorio o absolutorio, la declaración de culpabilidad o de inocencia y la imposición de la pena o su no imposición²⁸.

El problema ante el que nos encontramos en estos supuestos es diferenciar cuándo estamos ante un caso en el que el proceso deductivo del Tribunal, basado en las reglas de experiencia, no exige intermediación por limitarse su ámbito de revisión a la de un juicio externo acerca de la corrección o coherencia de los razonamientos empleados por el juez *a quo*, o cuándo ese proceso deductivo le lleva a una conclusión distinta de la del juzgador de instancia como consecuencia de las inferencias extraídas de la valoración de pruebas personales. A esta dificultad se refiere también TAPIA FERNANDEZ, es decir, a la delimitación de la línea divisoria entre la modificación de un relato fáctico porque se aprecia por el tribunal de apelación que el razonamiento del juzgador de instancia no ha sido lógico o coherente, o porque se han valorado las pruebas personales en un sentido distinto²⁹.

En definitiva, esta doctrina plantea en la práctica no pocos inconvenientes ya que deslindar unos casos de otros no resulta en absoluto fácil. Por ello, en la mayoría de los casos habrá que atender al supuesto concreto realizando un previo análisis debidamente fundamentado para poder extraer una conclusión razonada y congruente de que se está revisando la valoración de la prueba de unos hechos y no las inferencias o deducciones que derivan de esos hechos, y viceversa.

II. DOCTRINA CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA STC 167/2002

1. Doctrina anterior a la STC 167/2002

Anteriormente a la STC 167/2002, el Tribunal Constitucional estimaba y calificaba al recurso de apelación de *«novum iudicium»*, con plena competencia para el conocimiento y fallo del litigio, dentro de los márgenes impuestos por la pretensión impugnatoria. Así venía

²⁸ Vid. STC 123/2005, de 12 de mayo, fundamento jurídico 7º.

²⁹ Vid. TAPIA FERNANDEZ, I., La implantación generalizada de la segunda instancia, Pág 90.

afirmándose en numerosas sentencias entre las que cabe citar la STC 120/1999, de 28 de junio, que en su fundamento jurídico tercero expone: «atendida nuestra jurisprudencia, nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta de la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba el Juez *ad quem* se halla en idéntica situación que el juez *a quo* (STC 172/1997, FJ 4º, y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995 y 176/1995) y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993 y 172/1997)»³⁰.

En suma, la STC 120/1999, de 28 de junio, en el ya mencionado fundamento jurídico tercero, indica que tanto el juez *a quo* como el órgano *a quem* se hallan en igual posición a la hora de entrar a valorar la prueba y, por ende, podrá éste valorar las pruebas practicadas en primera instancia, examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*.

A tenor de lo expuesto, se puede observar como el intérprete constitucional, antes de la sentencia del 2002, soslayaba la limitación de las posibilidades probatorias consagrada por la ley procesal española, la cual establece un sistema restrictivo de las facultades cognoscitivas del Tribunal revisor. En contraposición a dicho sistema, el Tribunal Constitucional consideraba al órgano *ad quem* autorizado plenamente para supervisar y, en los casos en que procediera, para sustituir la valoración de la prueba realizada en instancia estableciendo su propio criterio. Por tanto, se conceptuaba el recurso de apelación como un nuevo y total reexamen de la causa, o lo que es lo mismo, un recurso pleno o «*novum iudicium*»³¹.

El error en el que incurrió la anterior doctrina constitucional fue considerar el recurso de apelación como un «*novum iudicium*» ya que ello contraviene la concepción real de «*revisio prioris instantiae*» prevista en el sistema legal español.

³⁰ Vid. STC 120/1999, de 28 de junio, en Diario La Ley 10495/1999

³¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ. Op, cit. Pág.113

Todo ello permite dejar entrever que la doctrina constitucional entrañaba graves consecuencias en el panorama procesal penal ya que al otorgar plenitud de jurisdicción al órgano *ad quem* en la verificación del juicio de instancia, no solo se desviaba del modelo de apelación limitada sino que además vulneraba el principio de inmediación. Esta conculcación se debe a que se concede al órgano judicial plena libertad para ponderar la actividad probatoria desenvuelta ante el juez *a quo*, de la que tenía un mero conocimiento indirecto, entre otros motivos, porque, por lo general, no se practicaba ante el órgano *ad quem* prueba alguna.

Una sentencia que deja patente esta óptica acogida por el Tribunal Constitucional, y a la que ya se refiere la sentencia 120/1999, es la STC 43/1997, de 10 de marzo, que en su fundamento jurídico segundo pone de relieve que «de la discrepante valoración de la prueba efectuada por el Juez *ad quem* respecto de la defendida por el juzgador *a quo* no cabe deducir vulneración de derecho fundamental alguno ya que el Juez de apelación tiene el poder necesario para examinar y corregir la valoración de las pruebas realizadas por el inferior, de modo que resulta acorde con la esencia de la apelación el que sobre un mismo material probatorio pueda producirse apreciaciones dispares conducentes a otras tantas resoluciones judiciales, sin que ello resulte anómalo ni mucho menos contrario a la Constitución»³².

En opinión de CABEZUDO RODRÍGUEZ en relación con la manifestación señalada por la STC 43/1997, «[...] a la luz de la reglamentación del recurso, esa declaración, poco o nada reflexiva, se correspondía más con una representación ilusoria de esa segunda instancia que con una fiel imagen del sistema de apelación previsto en España».

La propia STC 167/2002 en su fundamento jurídico noveno recalca como hasta esta fecha el Tribunal Constitucional desestimaba las quejas sobre la vulneración del derecho fundamental por faltar el requisito de la inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, es decir, nos advierte sobre el criterio jurisprudencial que antecede al instaurado en el año 2002³³.

³² Vid. STC 43/1997, de 10 de marzo, en Diario La Ley 4771/1997

³³ FEIJÓO MIRANDA, J.; “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

Por otro lado, GOMEZ RECIO³⁴ declara que la anterior doctrina podía causar otro problema, cual es, la acentuación de los dos principales inconvenientes que presenta la administración de justicia penal, concretamente, la lentitud de su funcionamiento y el maltrato sistemático a los testigos y víctimas³⁵. No obstante, a su favor, subraya que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el recurso de apelación de sentencias penales consolidada hasta el 2002 se adecuaba a la literalidad de la regulación legal, a saber, al antiguo artículo 795 de la LECrim., sustituido por el actual, y sustancialmente idéntico, artículo 790 por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim.

En primer lugar, como ya hemos adelantado, la ley no admite *ex* artículo 790 de la LECrim., que se vuelvan a practicar las pruebas ya practicadas en primera instancia para la apreciación por el tribunal *ad quem* de error en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal *a quo*.

En segundo lugar, únicamente es posible practicar en fase de apelación aquellas diligencias de prueba que no pudieron ser propuestas en la primera instancia o que habiendo sido propuestas fueron indebidamente denegadas o bien llegaron a admitirse pero por causa no imputable al solicitante de las mismas no pudieron llegar a practicarse.

En definitiva, la premisa principal de la que debemos partir es la inadmisión de la repetición de la prueba ya practicada. Pese a ello, y por muy inaceptable que pudiera parecer, la jurisprudencia del TC reconocía al tribunal *ad quem* plenitud de jurisdicción en el sentido de configurar como un nuevo y total reexamen de la causa el recurso de apelación. De esta forma, ponía de manifiesto que el órgano de apelación podía entrar a valorar la prueba practicada en el juicio oral en primera instancia aunque no hubiera presenciado su práctica. Sirva de ejemplo de esta afirmación la ya citada STC 43/1997, de 10 de Marzo: «el Tribunal Constitucional siempre configuró el recurso de apelación como un medio de

Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, publicado en HURI-AGE Consolide ingenio, Informe “El tiempo de los derechos” núm. 30, marzo 2013. Pág. 6.

³⁴ GÓMEZ RECIO, F. La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o de cómo abrir la caja de Pandora en el Recurso de Apelación Penal, en Diario La Ley, N° 5871, 15 de octubre de 2003 (La Ley 1607/2003). Págs 1 y ss.

³⁵ *Ibid.* Op, cit, Págs. 5 y ss. Entiende GOMEZ RECIO que las múltiples ocasiones en que la víctima y los testigos han de comparecer a prestar declaración suponen para ellas un auténtico vía crucis procesal (declarar ante la policía, ante el juez de instrucción, en el acto del juicio oral, etc.).

impugnación en el que el tribunal *ad quem* tenía plenitud de jurisdicción, por ello la doctrina de nuestro Alto Tribunal admitía que aún cuando las diligencias de prueba practicadas en primera instancia no se reprodujesen ante el tribunal de apelación, éste si estaba autorizado para entrar a valorarlas, hasta tal punto que podía modificar y revocar, en un sentido u otro, la sentencia apelada sobre la base de una distinta valoración de una prueba que no fue practicada a su presencia».

Sin embargo, esta doctrina suscitaba ciertos recelos ya que conceder un predominio a la valoración de la prueba que hace un órgano ante quien no fue practicada frente a la que había realizado el órgano a quo que sí la apreció con plena sujeción a los principios de inmediación y contradicción no parecía muy acorde con dichos principios constitucionales. Por ello, la discrepancia con la misma de algunos autores y miembros del propio tribunal era patente³⁶.

2. Aplicación de la doctrina anterior a la STC 167/2002 en los tribunales españoles

La praxis ha demostrado que no era habitual hacer uso de la posibilidad concedida a los órganos superiores de revisar la valoración de la prueba hecha en primera instancia. A pesar de que esta potestad había sido válidamente reconocida por parte de nuestro Alto Tribunal, era bastante infrecuente o inusual que las Audiencias Provinciales españolas la ejercieran. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 55/2002 de 9 de abril, anterior a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, señala que «[...] corresponde al Juez *a quo* la libre valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral, dado que el mismo goza del principio de inmediatez que le permite ver y oír *in situ*, cuantas declaraciones se viertan en el mismo. Solamente se admite una excepción a este principio de libre valoración de la prueba cuando a simple vista puede apreciarse la existencia de un error en el acta del juicio, que no admite duda alguna»³⁷.

Lo que quiere poner en evidencia esta sentencia es que quién tiene frente a él la prueba, va a poder apreciar la misma en mejores condiciones que quien la tiene plasmada en un simple papel. En este sentido, parece lógico pensar en otorgar preferencia a la

³⁶ Vid. GOMEZ RECIO. Op, cit. págs 1 -5.

³⁷ Vid. SAP de Huelva 55/2002, de 9 de Abril de 2002.

valoración de la prueba hecha en instancia cuando se trate de pruebas de carácter personal que requieren de intermediación.

El inconveniente que presentaba el reconocimiento de esta doctrina constitucional en la práctica era que podía ocurrir, y así sucedió en algunas ocasiones, que nos encontrásemos con sentencias en que el órgano *ad quem* revisara la prueba hecha en instancia sobre la base de estimaciones o apreciaciones personales sin haber presenciado la práctica de la prueba directa y personalmente.

Los múltiples dilemas que plantea esta doctrina y, sobre todo, las exigencias impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de valoración de la prueba, suscitaron el rechazo de la misma por parte del Pleno del propio Tribunal Constitucional a través de su sentencia número 167/2002, de 18 de septiembre, que modifica su anterior jurisprudencia.

III. EXÉGESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL INSTAURADA POR LA STC 167/2002

La doctrina constitucional, instaurada por la Sentencia del TC núm. 167/2002, de 18 de septiembre, ha supuesto un cambio jurisprudencial de enorme magnitud en el contexto del proceso penal español causando en ciertos aspectos una auténtica «revolución» en el actuar de los tribunales. Por ello, procede en primer lugar realizar un minucioso estudio del contenido de la sentencia y, en particular, de los fundamentos de derecho en que se motiva el nuevo criterio doctrinal. Ahora bien, no podemos olvidar la doctrina del TEDH que en gran medida ha sido también el motor del cambio jurisprudencial y, en consecuencia, nos detendremos en ella para analizarla.

1. Antecedentes de la STC 167/2002

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alicante, el día 16 de octubre de 1997, dictó sentencia absolutoria a favor de los solicitantes de amparo a quienes se les acusaba de haber cometido un delito contra los derechos de autor. Dicha sentencia fue recurrida en apelación y resultaron condenados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante el 30 de marzo de 1998, tras haber revocado la sentencia en primera instancia. En

consecuencia, fueron condenados como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de autor, previsto y penado en los artículos 534 bis a) y 534 bis b) del CP de 1973, en la redacción dada por la LO 6/1987, de 11 de noviembre, a las penas, a cada uno de ellos, de dos meses de arresto mayor y multa de dos millones de pesetas, con arresto sustitutorio en caso de impago de cuarenta días, suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como el pago de las costas de la primera instancia y el abono de una indemnización al perjudicado.

Los condenados en segunda instancia interpusieron demanda de amparo ante el TC y, en cuanto a la fundamentación jurídica de la misma, invocan, frente a la SAP de Alicante, la vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la defensa (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Bajo la invocación del principio de inmediación y de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, los demandantes de amparo denuncian que la AP en la resolución impugnada entró a valorar diligencias que no se habían practicado en el acto del juicio, en concreto, sus declaraciones prestadas en la fase de instrucción, sin vigencia, por tanto, del principio de inmediación y en detrimento de las prestadas en el acto del juicio, no estándole permitida esta posibilidad al órgano de apelación. A su juicio, el fundamento del recurso de apelación en el procedimiento abreviado se encontraba limitado al análisis del quebrantamiento de las normas y garantías procesales, al error en la valoración de las pruebas o a la infracción del precepto penal o legal (art. 795.2, actualmente art.790 LECrim), pero en modo alguno le estaba permitido al órgano de apelación sustituir la actividad soberana del órgano de instancia en cuanto a la valoración de la prueba practicada en el juicio oral. Además, aunque estimaron que sus declaraciones en la fase de instrucción debían declararse nulas por su evidente conexión con las intervenciones telefónicas autorizadas y las entradas y registros practicados, entienden que deben primar sobre aquéllas pruebas practicadas en el acto del juicio, por lo que no pueden tenerse en cuenta las declaraciones que prestaron en la fase de instrucción. Así pues consideraban que la AP se había excedido en este caso en su función, ya que sólo le correspondía analizar la existencia de error en la apreciación de la prueba, pero no entrar a valorar diligencias no

practicadas en el acto del juicio oral, vulnerándose así el principio de inmediación y los derechos de defensa y a la presunción de inocencia.

Concretamente, la AP de Alicante llevó a cabo una nueva valoración de las declaraciones de los condenados de sentido incriminatorio en contraposición a las prestadas ante la policía y ratificadas ante el Juez instructor, las cuáles fueron valoradas en sentido exculpatario en el juicio oral. Estas últimas fueron rectificadas por las de la AP sin haber mediado inmediación y, consiguientemente, confirió una mayor verosimilitud a las declaraciones prestadas en la fase de instrucción en detrimento de las realizadas en el acto del juicio. La AP se limitó a reproducir y someter a contradicción mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditaban el contenido.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación de la demanda de amparo, argumentando y precisando en relación con lo que acabamos de exponer que no había habido por parte de la AP valoración de prueba distinta a la tenida en cuenta por el órgano judicial de instancia ya que, aludiendo a la reiterada doctrina constitucional hasta entonces³⁸, el Juez o Tribunal de apelación podía valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo, dado que el recurso de apelación otorgaba plenas facultades al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum indicium*. Entiende el Ministerio Fiscal que «si con los mismos elementos probatorios que llevan a un órgano judicial a dictar un fallo determinado el Tribunal de apelación llega a un resultado contrario, no por ello puede afirmarse que se haya producido violación alguna de los derechos que enuncia el art. 24 CE, siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean las que proporcionan fundamento para su convicción»³⁹.

³⁸ Vid. SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 194/1990, 323/1993, 120/1999, entre otras.

³⁹ Vid. SAP de Alicante núm 42/1998, de 30 de marzo de 1998 y STC 167/2002, de 18 de septiembre.

2. La doctrina del TEDH y su influjo en el ordenamiento jurídico español

La STC 167/2002, de 18 de septiembre, ha suscitado un profundo cambio jurisprudencial en el terreno del recurso de apelación y valoración de la prueba. La doctrina que asienta ha sido reproducida y recogida por múltiples sentencias dictadas por el mismo tribunal en los años posteriores.

En concreto, el ámbito jurídico afectado por dicha sentencia es la valoración de la prueba en tanto en cuanto el recurso de apelación puede fundarse, entre otros motivos, en el error en la apreciación de la prueba (artículo 790.2 LECrim)⁴⁰.

Este cambio doctrinal al que nos hemos referido se sustrae, tras la referencia a la doctrina mantenida hasta entonces, del fundamento jurídico noveno cuando dice que « [...] es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida, lo que es facultad del Pleno de este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 13 de su Ley Orgánica, para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en cuanto a la que ahora nos ocupa, a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art.6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 CE».

Para comprender la modificación doctrinal que se ha operado en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la sentencia del TC es necesario previamente analizar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sirve de base al Alto Tribunal.

2.1. Jurisprudencia anterior a la STC 167/2002

En el marco penal de la segunda instancia se ha venido arraigando un criterio jurisprudencial establecido por parte del TEDH o «Tribunal de Estrasburgo». La razón de ser de dicho tribunal viene justificada por la necesidad de enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

⁴⁰ CACHON VILLAR. Op, cit. Págs. 23 y ss.

suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en sus Protocolos por los Estados parte de dicho convenio⁴¹.

La jurisprudencia del TEDH no es ajena al ordenamiento jurídico español pues, de conformidad con el artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española 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. Así, a la hora de configurar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art.24.2 CE) hay que tener presente el criterio interpretativo contenido en el precepto constitucional (art.10.2), que reenvía a, entre otros, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Como se puede comprobar esta jurisprudencia es de vital importancia en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales del texto constitucional en virtud del criterio del artículo 10.2 de la CE.

En este sentido, el cambio de parecer del TC encuentra su fundamento en la recepción de la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 6.1 del CEDH que viene a reconocer el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

El criterio innovador de la STC 167/2002 ha de observarse a la luz de las consideraciones previas que había venido configurando el TEDH en las sentencias recaídas hasta aquel momento y que aparecen reflejadas en el fundamento jurídico décimo de aquélla: «La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la cuestión que ahora se plantea aparece inicialmente en su Sentencia de 26 de marzo de 1988 caso *Ekbatani* contra Suecia , y se consolida posteriormente en pronunciamientos más recientes (SSTEDH 8 de febrero de 2000 caso *Cooke* contra Austria y caso *Stefanelli* contra San Marino; 27 de junio de 2000 caso Constantinescu contra Rumania ; y 25 de julio de 2000 caso *Tierce* y otros contra San Marino)».

⁴¹ Vid. Página web del TEDH: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

En el Caso *Ekbatani* contra Suecia de 26 de marzo de 1988⁴² se alega «que el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6 no termina con el fallo de primera instancia». Además, «hay que tener en cuenta en su conjunto el proceso tramitado según el ordenamiento jurídico interno y la tarea que en él desarrolla el tribunal de apelación», así como «la manera en que los intereses del demandante fueron expuestos y protegidos ante dicho órgano judicial», para establecer si está justificado el haber prescindido en el trámite de apelación del principio de la audiencia pública en presencia, y con posible defensa, del acusado.

Antes del asunto *Ekbatani* ya el TEDH, en cierta manera, se había referido a la falta de audiencia del acusado en la resolución de un recurso y la posible infracción del art.6.1 del Convenio, citando el caso *Axen* contra Alemania de 8 de diciembre de 1983⁴³ y el caso *Sutter* contra Suiza de 22 de febrero de 1984⁴⁴, en los que el tribunal estableció que era necesario que los procedimientos fueran considerados en su globalidad y teniendo en cuenta el proceso seguido en el orden interno⁴⁵.

Retomando el hilo expositivo de la Sentencia *Ekbatani*, ésta agrega lo siguiente: «Como el Tribunal lo ha declarado en varias ocasiones, la falta de una vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se haya celebrado en la primera. Así, en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación, o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, se cumplirán los requisitos del artículo 6, aunque el Tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente [...]»⁴⁶.

Y como colofón afirma que «en el caso de autos, el tribunal de apelación conocía tanto de las cuestiones de hecho como las de derecho», y que «en especial, tenía que estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del demandante» (apdo. 32), de modo

⁴² Vid. STEDH de 26 de marzo de 1988, caso *Ekbatani* contra Suecia, apdos.24, 27 y 28.

⁴³ Vid. STEDH de 8 de diciembre de 1983, caso *Axen* contra Alemania.

⁴⁴ Vid. STEDH de 22 de febrero de 1984, caso *Sutter* contra Suiza.

⁴⁵ RODRIGUEZ RUBIO, C. Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma. Dykinson, 2008. Madrid.

⁴⁶ STEDH de 26 de marzo de 1988, caso *Ekbatani* contra Suecia, apdo. 31.

que, «dadas las circunstancias, no se podía resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del demandante –quien protestaba que no había cometido la acción considerada punible (apdo. 15, supra)- y del reclamante». Por todo ello, una nueva audiencia «en presencia de los interesados» era exigible en la apelación y, al no haberse producido tal audiencia, se había vulnerado el art.6.1 CEDH.

En el mismo sentido concluye el Caso *Constantinescu* contra Rumania de 27 de junio de 2000⁴⁷, al aseverar que «cuando una instancia de apelación es llamada a conocer sobre un asunto de hecho y de Derecho, y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir sobre estas cuestiones sin apreciación directa de los testimonios presentados en persona por el acusado que mantiene que no ha cometido el acto tenido como un delito» (apdo.55). A la misma solución llegan las sentencias *Helmers* (apdos.33 y 39) y *Tierce* (apdos. 95 y 102).

En las sentencias *Andersson* contra Suecia, *Fejde* contra Suecia y *Helmers* contra Suecia⁴⁸ se introduce un nuevo matiz sobre esa doctrina al declarar el Tribunal que «si bien la publicidad constituye, sin duda, uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales», «para determinar si los debates públicos corresponden a una necesidad tras el proceso en primera instancia, hay que tener en cuenta otras consideraciones, como el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable y la necesidad de una tramitación rápida de los asuntos incluidos en el Registro». Destacar que en los casos *Andersson* y *Fejde*, aunque se partía de la misma doctrina que las anteriores sentencias la conclusión fue diferente, ya que no se considera vulnerado el artículo 6 del CEDH, por cuanto a pesar de haberse omitido la audiencia pública en apelación se entendió que el recurso no planteaba ninguna cuestión de hecho o de Derecho que no pudiera resolverse en base al expediente de manera adecuada.

⁴⁷ Vid. STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu* contra Rumania de 27 de junio de 2000, apdo.61.

⁴⁸ SSTEDH 29 de octubre de 1991, caso *Andersson* contra Suecia (apdo.27); 29 de octubre de 1991, caso *Fejde* contra Suecia (apdo.31); y 29 de octubre de 1991, caso *Helmers* contra Suecia (apdo. 36).

En todo caso, las sentencias del TEDH han de ser analizadas cautelosamente a la hora de extraer conclusiones al respecto pues, como se ha puesto de manifiesto en alguna ocasión, las sentencias del TEDH no destacan por su esmerada motivación⁴⁹.

Al tiempo de analizar el derecho a un proceso justo, el TEDH ha declarado que el proceso penal constituye un todo y que su protección no termina con el fallo en la primera instancia, de manera que los Tribunales de apelación, organizados por el Estado, tienen el deber de asegurar a los justiciables las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH. Así mismo, hay que estar a las peculiaridades del procedimiento, examinando éste de acuerdo con el orden jurídico interno, y a las peculiaridades del caso examinado para poder determinar si está o no justificada la excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública. Por ello, pone de manifiesto FEIJÓO MIRANDA que estamos ante un claro relativismo que descansa en la casuística jurisprudencial⁵⁰.

Ese casuismo se pone en evidencia en el caso *Cooke* contra Austria, resuelto por sentencia de 8 de febrero de 2000⁵¹, en que el TEDH reitera la idea de que habrá que tener en consideración las características especiales de los procedimientos y los intereses de la defensa que se presentan ante el tribunal de apelación. Respecto de este asunto, RODRIGUEZ RUBIO manifiesta que «en el caso *Michael Edward Cooke* (...) se da paso a que cuestiones de derecho que han de ser resueltas por el órgano *ad quem* requieran de la celebración de una audiencia para su posterior decisión por el tribunal superior»⁵². En concreto, se solicitaba en este supuesto la aplicación de una atenuante, la cual se considera una cuestión esencialmente jurídica.

En este supuesto se pone de manifiesto la dificultad a la hora de distinguir las cuestiones de hecho y las de derecho e incluso en estas últimas, en ocasiones, se estima necesaria una vista cuando se trata de una infracción de ley sustantiva o procesal que justifican un procedimiento absolutorio o de condena⁵³. Es decir, la postura del TEDH a la

⁴⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «La revisión fáctica en la apelación penal. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional», publicado en *Iuris Actualidad y práctica del derecho* nº76, octubre 2003 (págs. 41 -51).

⁵⁰ FEIJÓO MIRANDA. Op, cit, pág 8.

⁵¹ STEDH de 8 de febrero de 2000, caso *Cooke* contra Austria.

⁵² RODRÍGUEZ RUBIO, C. Op, cit. Pág. 127

⁵³ FEIJÓO MIRANDA. Op, cit. Pág. 8.

hora de concluir si estamos ante una vulneración del artículo 6 del CEDH se circunscribe a la necesidad de ponderar si los requisitos de dicho precepto se han cumplido en cada caso, no siendo por el contrario su función decidir en abstracto, por ejemplo, si el derecho nacional es compatible con el CEDH o si se ha respetado por las autoridades nacionales.

Otro ejemplo nos lo brinda el caso *Botten* contra Noruega, por sentencia de 19 de diciembre de 1996⁵⁴, se consideró quebrantado el derecho a un juicio justo al no estar presente ni haber sido citado el acusado en la audiencia ante el TS, con independencia de que no se hubiera planteado una revisión fáctica de los hechos. Es decir, a pesar de mantenerse los hechos probados en la sentencia de instancia, la inicial resolución absolutoria fue posteriormente revocada por el tribunal superior, el cuál sustituyó tal sentencia por una condenatoria. Este proceder requería que el TS hubiese convocado al acusado a una audiencia, por las especiales circunstancias del caso, en particular, porque se habían tenido en cuenta a la hora de dictar sentencia condenatoria cuestiones como la personalidad del acusado sin que éste hubiese sido oído directamente por el TS. Por ello, el acusado debía haber sido escuchado por el tribunal antes de dictar la nueva sentencia, incluso aunque aquél no lo hubiera solicitado⁵⁵.

En definitiva, la idea que subyace en estas resoluciones jurisprudenciales del TEDH es la necesaria y oportuna ponderación de las circunstancias y derechos en juego para determinar la debida concurrencia o no de una audiencia pública.

El propio GARCÍA CALVO en su Voto Particular, como Magistrado disidente, y en aplicación de la doctrina del TEDH, recalca que la celebración de una audiencia pública no se impone en todo caso sino que, para determinar si ésta es o no necesaria, habrá que tener en cuenta tanto las características especiales del procedimiento como los intereses de la defensa en cuanto al modo de presentar y proteger los mismos ante el tribunal de apelación.

Resumiendo la posición del TEDH:

1º. Al TEDH le corresponde estudiar la posible vulneración o no del artículo 6.1 del CEDH, es decir, el derecho que tiene toda persona a que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial ya que el proceso penal

⁵⁴ Vid. STEDH de 19 de diciembre de 1996, caso *Botten* contra Noruega.

⁵⁵ FEIJÓO MIRANDA. Op. Cit. Págs. 9 y 10.

constituye un todo y la protección de dicho precepto no termina con el fallo de primera instancia.

2°. A la hora de valorar dicha vulneración habrá de tenerse en cuenta, en su conjunto, el proceso tramitado según el ordenamiento jurídico interno y la manera en que los intereses del demandante fueron expuestos y protegidos ante el tribunal de apelación. De manera que la falta de una vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate.

3°. Los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho cumplirán los requisitos del art.6 del CEDH aunque el tribunal *ad quem* no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente.

4°. No se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del demandante, ya que se estaría vulnerando el art.6 del CEDH, cuando el tribunal *ad quem* tenga que conocer conozca tanto de cuestiones de hecho y de derecho y, en especial, cuando tenga que estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del demandante.

5°. En conclusión, la postura del TEDH, a la hora de resolver si estamos ante una vulneración del artículo 6 del CEDH y para determinar si es o no imprescindible la audiencia pública en apelación, se circunscribe a la necesidad de ponderar si los requisitos de dicho precepto se han cumplido en cada caso en particular, no siendo por el contrario su función decidir en abstracto ya que, entre otras consideraciones, la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho no siempre es fácil e incluso en ocasiones, aunque se trate únicamente de cuestiones de derecho, se estima necesaria una vista cuando se trata de una infracción de ley sustantiva o procesal que justifican un procedimiento absolutorio o de condena.

2.2. Jurisprudencia posterior a la STC 167/2002

Resulta ineludible prestar atención a ciertas resoluciones del TEDH posteriores a la STC 167/2002 por cuanto podrían facilitar una interpretación constitucional de los artículos 790 y 791 de la actual LECrim.

Las sentencias del TEDH de 15 de julio de 2003 y de 18 de Mayo de 2004 hacen referencia a los casos *Arnarsson* contra Islandia y *Destrebem* contra Francia respectivamente⁵⁶. En ambos casos se trata de resoluciones absolutorias en primera instancia que son revocadas por sentencias condenatorias por parte de un Tribunal Superior, en las cuáles se procedió a una nueva apreciación de los hechos sin celebración de una audiencia pública ante el tribunal *ad quem* en la que se llevara a cabo la practica de las pruebas que ya se había efectuado en la primera instancia.

En primer lugar, en el caso *Arnansson*, se acabó condenando al acusado por parte del TS islandés, sin haber oído directa y personalmente al acusado por un delito de homicidio ni a los testigos. A pesar de contar con las transcripciones de la audiencia oral de la primera instancia, el TEDH discurrió que en el supuesto en cuestión lo relevante es que la distinta apreciación de las pruebas requería del TS islandés una conducta positiva en virtud de la cual debía haber convocado una audiencia pública para poder oír y valorar tanto la declaración del acusado como la prueba testifical. Como no se hizo así, no podía sino considerarse infringido el artículo 6 del CEDH por parte del tribunal.

En segundo lugar, en el caso *Destrebem* también se prescinde de la celebración de la audiencia y de la nueva práctica de la prueba testifical que se había solicitado por la defensa. El tribunal *ad quem* llevó a cabo una nueva apreciación de los hechos que conduce a la condena en segunda instancia y el TEDH, por consiguiente, constató la violación del derecho a igualdad de armas del art.6.3 del CEDH.

También cobran especial interés las sentencias de 16 de diciembre de 2008 y 10 de Marzo de 2009, esto es, los casos *Bazo González* contra España e *Igual Coll* contra España⁵⁷. Es relevante el estudio de estas resoluciones no solo porque aluden a la ya reiterada doctrina constitucional emanada de la STC 167/2002 sino porque, además, ambas afectan al derecho español y han tenido lugar tras la mencionada sentencia, es decir, se trata de casos que fueron resueltos en su día por tribunales españoles estando ya estaba vigente la doctrina a la que se acaba de aludir.

⁵⁶ Vid. SSTEDH de 15 de julio de 2003, caso *Arnarsson* contra Islandia; y de 18 de Mayo de 2004, caso *Destrebem* contra Francia

⁵⁷ SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González* contra España; y de 10 de Marzo de 2009, caso *Igual Coll* contra España.

En el caso *Bazqo*, el TEDH declara no haberse perpetrado violación alguna en contra del artículo 6.1 del CEDH. No se produjo infracción del convenio porque no era necesaria ni indispensable una nueva audiencia pública en la apelación. Pese a que se revoca la sentencia absolutoria en la primera instancia con la subsiguiente condena por parte del tribunal de apelación, ésta se produce sobre la base de una distinta interpretación jurídica con respecto a la que mantuvo el juez a quo, valorándose la prueba documental pero sin modificarse el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia.

En cambio, en el caso *Igual Coll* sí se constata la violación del artículo 6 del CEDH. La AP revocó una sentencia absolutoria en la primera instancia declarándose la condena del acusado por un delito de abandono de familia por el impago de la pensión alimenticia a favor del hijo en el correspondiente proceso matrimonial. El problema que se suscita y que determina la violación del CEDH es el haber prescindido de la audiencia pública del acusado en la apelación. A priori, la AP respetó la declaración de hechos probados en la primera instancia y podría entenderse que la revocación de la sentencia absolutoria se sustentó en la corrección de la estructura racional de los argumentos señalados por el juez a quo y que, por tanto, resultaría ajena a cualquiera revisión fáctica tratándose entonces de un simple control de la razonabilidad de discurso de la sentencia recurrida.

Sin embargo, lo cierto es que la AP realiza un examen de intenciones y del comportamiento del demandante para llegar a declarar su culpabilidad. En suma, el supuesto abarca tanto cuestiones de hecho y de derecho no pudiendo reducirse a una interpretación distinta de la norma jurídica determinándose así la necesidad de celebración de audiencia pública con el acusado.

En opinión de FEIJÓO MIRANDA, «el caso *Igual Coll* debería llevar al TC a ampliar su doctrina asumiendo la línea ultragarantista que está fijando el TEDH»⁵⁸.

Antes de dar por concluido el examen de la doctrina del TEDH, parece conveniente brindar especial atención al Asunto *Valbuena Redondo* contra el Reino de España⁵⁹, resuelto por Sentencia de 13 de diciembre del año 2011 del Tribunal de Estrasburgo, en base a dos razones: la primera, porque dicha resolución es relativamente

⁵⁸ FEIJÓO MIRANDA. Op. Cit. Pág.16.

⁵⁹ Vid. STEDH de 13 de diciembre del 2011, demanda núm. 21460/08: Asunto Valbuena Redondo contra España.

reciente, y la segunda, y más significativa, porque versa sobre la denuncia de una sentencia condenatoria dictada en apelación por la AP de la ciudad de Valladolid.

El demandante estima que la AP no se limita a efectuar una nueva calificación jurídica de los hechos, sino a volver a valorar las cuestiones de hecho consideradas probadas en primera instancia y que no podían ser resueltas sobre la exclusiva base de los autos. En la valoración de los medios de prueba personales, en particular, la declaración del acusado, de los testigos y de los peritos.

El Juzgado de lo penal núm. 2 de Valladolid resolvió sobre la base de los informes periciales completados por las aclaraciones de los peritos que los habían elaborado. El juez alcanzó su convicción tras la celebración de una vista oral en la que estaba presente el demandante. Dicho Juzgado dictó sentencia absolutoria ya que consideró que no había volunta fraudulenta por parte del demandante.

Recurrida dicha sentencia en apelación, la AP de Valladolid revocó la sentencia absolutoria sin oír personalmente al demandante y, como resultado de una nueva valoración de las pruebas, consideró suficientemente acreditaba la creación de una trama para defraudar deliberadamente a la Hacienda Pública y dictó sentencia por la que se condenaba al demandante. A tal fin, la AP modificó los hechos declarados probados y se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber, la existencia de una volunta de defraudar a la Hacienda pública.

El TEDH entiende que tal examen implica una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante y la modificación de tales hechos por la audiencia se produjo sobre la base de pruebas de carácter documental y sin la celebración de una vista oral en el curso de la cual las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas.

Concluye pues el tribunal que la naturaleza de las cuestiones es esencialmente fáctica por lo que la condena del demandante en apelación por la AP de Valladolid tras un cambio en la valoración de los hechos, sin que el demandante tuviese la posibilidad de ser oído personalmente y de discutirlos a través de un examen contradictorio en el curso de una vista oral, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo (art.6) y, por ende, el CEDH ha resultado vulnerado. En definitiva, «[...] la extensión del examen

efectuado por la Audiencia hacía necesario una vista oral ante la jurisdicción de apelación»⁶⁰.

3. La STC 167/2002. Análisis de los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo

A partir de la jurisprudencia del TEDH a la que acabamos de hacer referencia, el TC elabora una nueva doctrina que se recogen en los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, la cuál ha sido recogida y desarrollada posteriormente en múltiples sentencias, tanto en las emanadas del TC como en otras muchas dictadas por nuestros tribunales españoles.

En primer lugar, el hecho de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción no implica que siempre y necesariamente, en aplicación del art.6 del CEDH, exista el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En segundo lugar, la sentencia alude a cual sea la cuestión principal del caso que se pretende resolver: « [...] la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación, y si tal posible límite se ha respetado en este caso». Para su resolución no es suficiente examinar si se ha respetado o no la literalidad del artículo 795 de la LECrim. (hoy, artículo 790), «sino que es necesario en todo caso partir de una interpretación de dicho precepto conforme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita (y dejando aparte, en caso contrario, la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad) para dar entrada en él a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías».

En tercer lugar, la idea o elemento fundamental para concebir el problema constitucional que se suscita apunta al hecho de que nos hallamos ante una Sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, y que es recurrida en amparo por los condenados en la apelación.

⁶⁰ Vid. STEDH de 13 de diciembre de 2011.

El Tribunal pone de manifiesto que la difícil interpretación constitucional conforme al entonces artículo 795 LECrim., para su aplicación al caso no es evidentemente la misma que pudiera suscitarse en el caso de sentencias condenatorias en primera instancia y en los recursos de apelación contra ellas, interpuestos bien por la parte condenada postulando la absolución, bien por la acusadora pretendiendo una condena de mayor gravedad. Así mismo, considera que «las dificultades de interpretación conforme en esos últimos casos no deben enturbiar el análisis de la solución a pronunciar en éste, al que debemos ceñirnos estrictamente».

En cuarto lugar, recuerda el tribunal el sentido del recurso de apelación en nuestro ordenamiento, así, «el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho», dado «su carácter, reiteradamente proclamado, de *novum iudicium* [...]». «Pero en el ejercicio de las facultades que el art.795 LECrim otorga al Tribunal *ad quem* deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE».

En quinto lugar, los principios de inmediación y contradicción en apelación han de respetarse y, como el en el caso conocido por la sentencia no se ha observado tal exigencia, se ha vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. En la propia sentencia se alude a ello señalando, al efecto, que «de acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además [...] la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones incriminatorias prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpatorias que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes en amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de

apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación».

En sexto lugar, la audiencia pública en la segunda instancia puede tener lugar sin necesidad de previa petición de parte. A esta afirmación se llega cuando la misma sentencia establece lo siguiente: «En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en la STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6, de que los demandantes de amparo no hubieren solicitado la celebración de vista en la apelación, pues en la medida en que dicha vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal al que acude pueda satisfacer la pretensión que ante él formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisiva, ya que el art. 795.6 LECrim establece que la Audiencia podrá acordar la celebración de la vista, citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada (en este sentido, en relación con un supuesto similar, STEDH de 8 de febrero de 2000 –caso *Cooke* contra Austria-, par. 43)».

4. Voto Particular a la STC 167/2002

Uno de los magistrados del tribunal, GARCÍA CALVO y MONTIEL, formuló en su momento un voto particular a la STC 167/2002. Mediante este voto expresó su discrepancia parcial a los fundamentos noveno, décimo y undécimo de la misma.

Por una parte, entiende que no cabe duda de que dichos fundamentos responden una decisión de revisar la doctrina constitucional. En este sentido, comparte el punto inicial del que parte la sentencia ya que era necesario adaptar la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías a las exigencias derivadas del CEDH (art.6) pero no el resultado alcanzado a través de ella.

A su parecer, la AP no valora prueba alguna desde el punto de vista de la credibilidad de un testimonio sino que analiza si la intervención de las comunicaciones telefónicas vulneraron o no el derecho fundamental del art.18.3 de la CE relativo al secreto de las comunicaciones.

Este magistrado disidente sustenta su tesis en alguna de las resoluciones del TEDH de las que se desprende que la celebración de una vista no se impone en todo caso ni

tampoco que el recurrente absuelto sea oído en apelación⁶¹. Por ello, no habría vulneración del artículo 6.1 del CEDH cuando es factible decidir la cuestión sin una declaración directa. Además, hay que tener en cuenta que la presencia del acusado en la apelación no tiene el mismo significado que su presencia en la primera instancia y, por ende, habrá que estar, entre otros, a las características del procedimiento y al modo en que se presentan y protegen los intereses de la defensa ante el Tribunal de apelación.

En consecuencia, GARCÍA CALVO consideró que la razón de la discrepancia en el asunto resuelto por la STC 167/2002 no versaba en la distinta valoración de la prueba sin intermediación sino en la expresión de un criterio jurídico opuesto acerca de la existencia de la lesión del derecho fundamental del art.18.3 CE ya que la AP se limita a declarar válidos los medios de prueba que el juez de instancia estimó contaminados y, por lo tanto, valorables para acreditar la culpabilidad de los acusados, esto es, declara la validez de la intervención y llegar a una conclusión contraria a la del Juez.

La comparecencia del acusado en la segunda instancia no está configurada como una obligación para el Tribunal *ad quem*, ya que no se está efectuando una modificación valorativa de las propias declaraciones de acusados o testigos, sino que se trata de consecuencias derivadas de cuestiones jurídicas y no fácticas, en particular, la admisión de pruebas consideradas válidas frente a la declaración de ilicitud del órgano judicial *a quo*.

Concluye diciendo « [...] considero que la indebida aplicación de la doctrina al caso concreto es expresiva de su generalidad y, por tanto, de su indeterminación. De ahí mis reservas respecto de la consecuencia práctica que tales déficits pueden producir lo que justifica mi disenso dado que ello conducirá a la reproducción por los tribunales de una decisión interpretativa que considero errónea ». En definitiva, y en su opinión, es acertada la revisión de la doctrina pero no procedía aplicarla al supuesto en cuestión. De ahí que critique la imprecisión del alcance de la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual requiere una mayor determinación.

Este voto particular, entiende MAGRO SERVET, serviría de base para la sentencia 170/2002 del propio TC, dictada 12 días después, donde se aclaró el contenido de la 167/2002, tal y como desarrollamos a continuación.

⁶¹ Vid. Casos *Cooke* contra Austria y *Jan-Ake Anderson* contra Suecia.

En aquella sentencia del tribunal de 30 de septiembre del 2002⁶², el recurrente denunció que la AP había fundamentado su condena en una nueva valoración de la prueba testifical, mediante las actas y sin la necesaria indemnización, de la que sí había gozado el juez de lo penal que inicialmente le había absuelto y, además, alega que dicha valoración no se había solicitado en la apelación. Una nueva valoración no era posible sin que el tribunal de apelación hubiera visto y oído de nuevo a los testigos, bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad, puesto que se trataba de determinar la existencia de un contrato verbal que constituía el elemento clave para la condena a partir de la declaración.

Efectivamente, expone el tribunal que si se hubiera procedido a condenar en segunda instancia, alterando los hechos probados de la sentencia absolutoria de instancia, sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical en relación con un pacto verbal de cuya existencia o no se hace depender la condena, sería de aplicación al presente supuesto la doctrina constitucional que había sido establecida tan solo unos días antes por el Pleno del TC. El problema que subyace estriba en que las circunstancias que se estudiaban en la sentencia 170/2002 diferían de las de la sentencia 167/2002. Por un lado, no cabía duda de que el Tribunal de apelación tenía que resolver sobre la cuestión de culpabilidad o inocencia del demandante de amparo y, como es el primero en condenarlo, se configuraría como uno de los supuestos en que es necesario oír al acusado personalmente en base a la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, la condena no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad del propio acusado o de la prueba testifical, sino en la diferente valoración jurídica de un hecho documentado en los autos de cuya existencia parte la sentencia de instancia al efectuar la fundamentación jurídica. En conclusión, considera que el núcleo de la discrepancia entre ambas resoluciones es una cuestión estrictamente jurídica, para cuya valoración no era imprescindible oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal podía decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado y, por tanto, no podía considerarse vulnerada la garantía de inmediación ni el derecho a un proceso justo ni tampoco la presunción de inocencia⁶³.

⁶² Vid. STC 170/ 2002, de 30 de septiembre, FJ 15. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002.

⁶³ Cfr. MAGRO SERVET. «¿Pueden las Audiencias Provinciales...». Op, cit. Pág 1 y ss.

5. Aplicación en los tribunales

La doctrina que asienta el TC en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre de 2002, viene observándose desde entonces (entre las últimas sentencias cabe citar las SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2º; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3º; 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1º; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2º; 120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2º a 4º, y 132/2009, de 1 de junio, FJ 2º), y desplaza la anterior doctrina constitucional por cuanto no procede ya su aplicación.

Una de las sentencias más recientes de nuestro Alto Tribunal y que recoge la doctrina constitucional de la STC 167/2002 es la STC 88/2013, de 11 de abril de 2013, en la que se condena en segunda instancia por un delito societario tras haber sido absuelto en primera instancia⁶⁴. En dicho supuesto no se observaron las garantías de inmediación y contradicción que, como señala el propio TC, deben presidir la valoración probatoria en la segunda instancia, es decir, los recurrentes no fueron oídos por el órgano judicial de apelación. El TC en esta sentencia declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia a pesar de que se confirma el relato de hechos probados en la sentencia de apelación. Sin embargo, se produce respecto de dichos hechos y la fundamentación jurídica de la sentencia una transformación determinante de la condena pues las pruebas personales fueron objeto de nueva ponderación sin haber sido practicadas en presencia del órgano judicial.

En consecuencia, el Tribunal de apelación lleva a cabo un reexamen tanto del comportamiento como de las intenciones de los recurrentes para adoptar una nueva decisión sobre su culpabilidad. Para proceder así, el *órgano ad quem* les debería haber concedido la posibilidad de ser oídos directa y personalmente por el Tribunal que revoca la sentencia absolutoria por una sentencia condenatoria.

6. Estudio de los requisitos exigidos por la doctrina constitucional

Los requisitos han sido establecidos por doctrina jurisprudencial contenida tanto en la STC 167/2002 como en otras sentencias dictadas con posterioridad, por ejemplo, la STC de 7 de septiembre del año 2009. Dado que la STC 167/2002 ha quedado expuesta en sus términos más significativos, considero ahora conveniente prestar especial atención la STC

⁶⁴ Vid. STC 88/2013, de 11 de abril de 2013

184/2009 por cuanto en ella la doctrina constitucional deviene manifiesta y permite ahondar en las condiciones o requisitos que la configuran.

En la STC 184/2009, de 7 de septiembre⁶⁵, el demandante de amparo denuncia la ausencia de inmediación en la valoración de las pruebas personales como consecuencia de no haber sido oído por la Audiencia Provincial. El Tribunal entiende que son dos las cuestiones que requieren ser analizadas. En primer lugar, la necesidad de practicar de nuevo las pruebas personales ante el órgano de apelación, en particular la declaración del acusado y entendida ésta como medio de prueba. Y, en segundo lugar, la eventual exigencia de la audiencia del acusado en la segunda instancia entendida como medio de defensa.

El Alto Tribunal pone de manifiesto en relación con la necesidad de practicar de nuevo las pruebas personales que la exigencia de que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las mismas, deriva del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 CE a tenor del cual «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

En consecuencia, este derecho resulta vulnerado cuando la sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por un condenatoria o agravatoria de la situación de quien recurre, si en este caso hubiera sido ya condenado, y la última resolución hubiera realizado una apreciación distinta de las declaraciones personales.

En síntesis, no puede el órgano de apelación condenar a quien previamente ha sido absuelto en la instancia (ni tampoco empeorar su situación si ya había sido condenado) si para llegar a tal fin se ha fijado un nuevo relato de los hechos probados a raíz de la valoración de pruebas que exigen haberse practicado con inmediación del órgano *ad quem*, esto es, se requiere de éste un examen directo y personal de las partes, de los testigos o de los peritos en un debate público respetando la posibilidad de contradicción.

Sin embargo, el TC matiza la regla general introduciendo una salvedad cuando nos encontramos ante un supuesto en el que el núcleo central de la discrepancia o controversia,

⁶⁵ Vid. STC 184/2009, de 7 de septiembre

entre la sentencia de instancia y de la apelación, se refiere estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que han sido declarados probados por el órgano judicial *a quo* que los conoció en primer lugar y que quedan inalterados en la segunda instancia. En estos casos, el órgano de apelación puede decidir sobre la base de lo actuado ya que la subsunción típica no exige ni precisa de intermediación judicial.

La STC 184/2009 considera que la cuestión ante la que se encuentra es puramente jurídica y, por ende, ajena a la valoración de las pruebas personales. Por ello, no se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías ya que la audiencia se limitó a declarar la culpabilidad del acusado con base a los hechos probados en la primera instancia y sin variar la apreciación probatoria de las declaraciones.

La segunda de las cuestiones a dilucidar es aquella que hace referencia a la eventual exigencia de la audiencia del acusado en la segunda instancia entendida como medio de defensa. El recurrente en amparo denunció que no había sido oído por el órgano *ad quem* y es ésta una cuestión que habrá de ser analizada desde la perspectiva del derecho de defensa del artículo 24.2 de la CE para determinar, en su caso, si la audiencia del acusado en la segunda instancia es parte integrante del derecho fundamental independientemente de la naturaleza de las pruebas que deben ser valoradas por el órgano que ha de conocer del recurso.

En este sentido, afirma el tribunal que la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características o particularidades del proceso en su conjunto tal y como se señaló en la STC 120/2009, de 18 de Mayo, en su fundamento jurídico tercero. Además, debemos de nuevo recordar que el TEDH declara que cuando el tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa.

De esta manera, un procedimiento condenatorio en la apelación, tras la revocación de la absolución en la primera instancia, requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso. Además, cobra especial importancia si se tiene en consideración el hecho de que este último órgano es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él.

La STC 184/2009 afirma expresamente en este sentido que «[...] aun tomando en consideración el dato de que, como se ha concluido en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la Sentencia apelada, ello no implica necesariamente que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar al demandante de amparo la oportunidad de ser oído en la fase de recurso, audiencia que, [...], no ha de confundirse con el derecho del acusado a hablar el último que, aunque pueda revestir una cierta importancia, debe distinguirse del derecho a ser escuchado, durante los debates, por un Tribunal»⁶⁶.

Por ello entiende que ha de darse al apelado la posibilidad y la ocasión de que el Tribunal le escuche con independencia de las circunstancias del caso y más aún si es el tribunal de apelación quien le va a condenar por primera vez, ya que contra la sentencia condenatoria no va a haber recurso alguno. Y es así que en el caso que estudia la sentencia de 7 de septiembre de 2009 se constata la vulneración de la garantía del derecho de defensa que consiste en conceder al acusado la oportunidad de ser oído por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio.

Por otro lado, puede resultar interesante mencionar que la delimitación negativa de la doctrina del TEDH se plasma en la doctrina constitucional a través de la STC 120/2009, de 18 de mayo, que en su fundamento jurídico cuarto recoge los supuestos en los que el canon de constitucionalidad no sería aplicable, en concreto, «cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas de las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediatez, es plenamente

⁶⁶ Vid. STC 184/2009. BOE: miércoles 8 de junio de 2005. núm 136. suplemento del TC.: (<http://www.boe.es/boe/dias/2005/06/08/?s=T>)

fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales»⁶⁷.

En definitiva, el TC ha intentado plasmar la doctrina del TEDH consolidando ciertas pautas que hay que tener en cuenta cuando se recurre una sentencia absolutoria en la primera instancia y de ahí la necesidad de realizar un análisis exhaustivo y en profundidad tanto de la doctrina europea como de la doctrina constitucional, atendiendo siempre al caso en particular.

6.1. Cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho

A la hora de determinar si ha de haber o no audiencia pública en la segunda instancia, solo las cuestiones de hecho son relevantes. Esta afirmación la podemos encontrar en algunas sentencias del TC a los que me referiré sucintamente:

La STC 209/2003 de 1 de diciembre, viene a establecer que los principios de publicidad, inmediación y contradicción que conforman el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE no se ven comprometidos pues la Audiencia Provincial se ciñó a realizar una calificación jurídica distinta sin modificar los hechos⁶⁸.

Por su parte, el objeto de la controversia en la STC 113/ 2005, de 9 de mayo, no se refiere a si debe o no considerarse probada la extralimitación en la actuación de la policía (en relación con un delito de atentado) sino, si no estando probada, es jurídicamente correcto calificar los hechos probados resultantes como una situación de legítima defensa, ajena a la prueba de los hechos que no se discute. En consecuencia, concluye el TC que no hay vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías «por cuanto la condena en segunda instancia se ha fundado sobre una diferente calificación jurídica – para lo que ninguna incidencia tiene la inmediación ni las demás garantías inherentes al juicio oral- y no sobre una diferente ponderación acerca de la credibilidad de las declaraciones testimoniales»⁶⁹.

⁶⁷ Vid. STC 120/2009, de 18 de Mayo, fundamento jurídico 4º.

⁶⁸ Vid. STC 209/2003, de 1 de diciembre de 2003. BOE Jueves 8 de enero de 2004 núm 7, suplemento del TC (<http://www.boe.es/boe/dias/2004/01/08/?s=T>).

⁶⁹ Vid. STC 113/ 2005, de 9 de mayo

6.2. Pruebas Personales: declaraciones del acusado y de los testigos.

La inmediación es exigible en las pruebas personales pues la percepción sensorial de la declaración sirve para juzgar sobre la credibilidad del declarante acerca de los hechos sobre los que atestigua, o lo que es lo mismo, la exigencia de inmediación en la prueba personal encuentra su sustento y apoyo en esta «credibilidad subjetiva».

Por el contrario, cuando la falta de verosimilitud de la declaración o falta de credibilidad se basa en datos objetivos, como son la imposibilidad física de los hechos narrados en una declaración exculpatoria, la contradicción palmaria con lo acreditado documentalmente o la incorrección técnica pericialmente acreditada, el juez de apelación puede valorar la declaración sin la presencia personal del declarante⁷⁰.

En la STC 168/ 2005, de 20 de junio, se hace referencia a la «credibilidad subjetiva» de la siguiente manera: «Procede, entonces, determinar si la argumentación seguida por la Audiencia Provincial para llegar al fallo condenatorio tiene como fundamento una nueva valoración de la credibilidad de los testigos, caso en el que [...] se vulneraría el art. 24.2 CE, o si, por el contrario, la condena se ha basado ya en una diversa valoración de pruebas no personales, ya en una diferente calificación jurídica de los hechos»⁷¹.

En este caso, los hechos declarados como probados por la sentencia de instancia fueron modificados por la Audiencia Provincial, la cual se basó «en la literalidad de las declaraciones que constan en el acta del juicio». Al haber actuado de este modo, se produjo una nueva e indebida valoración de las pruebas testificales ya que ésta debería haberse llevado a cabo por la Audiencia siempre y cuando hubiera acordado previamente nuevamente la práctica de las pruebas con las debidas garantías. De manera que, al no haberse practicado, el derecho fundamental se ve vulnerado.

Por otra parte, no se considera que haya habido vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando tratándose del acusado, absuelto en primera instancia, se le haya dado la oportunidad de declarar ante el Tribunal de apelación aunque

⁷⁰ GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R. «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002», Cuadernos de Derecho Judicial, XV, Madrid, 2003.

⁷¹ Vid. STC 168/2005, de 20 de junio. BOE: jueves 21 de julio 2005, núm 173. suplemento del TC: (<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/21/?s=T>)

no se haga uso de tal oportunidad. El ejemplo más claro a este respecto lo encontramos en la STC 186/2005, de 4 de julio: «En el presente caso la Audiencia Provincial acordó la celebración de vista oral, con citación al recurrente, en la cual, aunque su finalidad inmediata fuera la práctica de una prueba que, impugnada por el actor, no llegó a tener lugar, se oyó a las partes y se concedió al recurrente la palabra para que interviniera como a su derecho conviniera, optando por éste por no añadir nada más a lo ya dicho por su defensa. Ello permite considerar que el Tribunal pudo oír al acusado con respeto de las garantías de inmediación y contradicción [...]»⁷².

En los supuestos en que se trata de valorar la razonabilidad del discurso de valoración de la prueba no es exigible la inmediación. Por un lado, el TS ha declarado que el juicio sobre la prueba en el juicio oral es revisable únicamente en casación en lo que se refiere a la estructura racional, esto es, la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos⁷³. Por el otro, el TC establece que cuando se trata de efectuar la simple deducción conforme a las reglas de la lógica y experiencia, no es necesario reproducir el debate procesal con inmediación y contradicción en la segunda instancia pues ello no añade ninguna garantía adicional. Así, cuando el Tribunal de Apelación se limita controlar la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia no se requiere inmediación⁷⁴.

En relación con la revisión de razonabilidad del discurso valorativo de la prueba, la STC 338/2005, de 20 de diciembre, ha suscitado mayores problemas por su complejidad ya que el control y sus efectos se extienden tanto al propio discurso valorativo como a la incidencia sobre el elemento de prueba (testigo) en orden a otorgarle la credibilidad sin haber mediado inmediación. Según esta sentencia⁷⁵, «la alteración de los hechos probados que realizó el Juez de apelación es consecuencia de la verificación externa de la razonabilidad y coherencia de los concretos motivos por los que el Juez de Paz no concedió verosimilitud a la declaración de un testigo que depuso en el mismo sentido que el denunciante». De manera que, el Juez de instrucción «fue rebatiendo una por una las

⁷² Vid. STC 186/2005, de 4 de julio. BOE: viernes 5 de agosto de 2005 núm. 186, suplemento del TC. <http://www.boe.es/boe/dias/2005/08/05/pdfs/T00068-00073.pdf>

⁷³ Vid. STS 441/1999, de 23 de marzo.

⁷⁴ Vid. Ad. ex. STC 170/2005 de 20 de junio.

⁷⁵ Vid. STC 338/2005, de 20 de diciembre

razones ofrecidas en la sentencia apelada para privar de credibilidad a la declaración del testigo». Por lo que se concluye que «[...] el Juez de instrucción no se sobrepone o sustituye al Juez de Paz, sino que, depurada la lógica del razonamiento empleada por éste, continúa su razonamiento con presupuestos (verosimilitud de la declaración del testigo) corregidos sin vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías»⁷⁶.

6.3. Otras pruebas: prueba pericial y prueba documental

En relación con otras pruebas distintas de las mencionadas encontramos la prueba pericial que, aunque es un medio de prueba personal, no exige intermediación cuando se trata de suministrar datos a través de la expresión de conocimientos científicos o de máximas de experiencia para la interpretación de los hechos que han de enjuiciarse. No obstante, habría que estar al caso concreto⁷⁷.

Por ejemplo, la STC 143/2005, de 6 de junio, relativa a un delito contra la hacienda pública, considera que la prueba pericial podía valorarse sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal ya que en el mismo documento escrito está expuesto debidamente el razonamiento⁷⁸. En cambio, la STC 41/2003, de 27 de febrero, en materia de delito de abusos sexuales de una menor, sí que entiende vulnerado el derecho fundamental en tanto en cuanto no se han respetado los principios de intermediación y contradicción a la hora de proceder a realizar la Audiencia Provincial «una nueva valoración de la prueba testifical y pericial y de las declaraciones del acusado en relación con el elemento subjetivo que integra el delito de abusos sexuales»⁷⁹. En este caso la prueba pericial versó en un peritaje, por parte de la psicóloga judicial, a la menor ofendida.

Además, cuando el perito no se limita a aportar específicos conocimientos o máximas de experiencia sino que extiende su intervención a la apreciación de algún hecho

⁷⁶ CACHON VILLAR. Op, cit. Págs 30 a 35.

⁷⁷ GARCÍA CALVO. Op, cit.

⁷⁸ Vid. STC 143/2005, de 6 de junio.

⁷⁹ Vid. STC 41/2003, de 27 de febrero.

concreto se ha de exigir inmediación pues, de lo contrario, hay una clara y manifiesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías⁸⁰.

Finalmente y por lo que se refiere a la prueba documental, lo relevante de la prueba documental es que puede ser objeto de valoración directa por parte del órgano judicial de apelación y, por consiguiente, no precisa de inmediación.

Sin embargo, en los casos en que se valora por el Tribunal de apelación una prueba personal, sin inmediación y con vulneración del derecho fundamental, y una prueba documental u otra que no exija inmediación se suele concluir con la estimación del recurso de amparo, la anulación de la sentencia recurrida y la retroacción de las actuaciones para que el órgano de apelación pueda valorar, de manera constitucionalmente adecuada, el alcance de estos medios de prueba para sustentar exclusivamente en ellos el pronunciamiento que proceda, absolutorio o condenatorio. En este sentido podemos citar las SSTC 230/2002, de 9 de diciembre; 189/2003, de 27 de octubre; 96/2004, de 24 de mayo, y 203/2005, de 18 de julio, entre otras.

IV. LA LEY 13/2009 Y LA INTRODUCCIÓN DE LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS COMO FACTOR DE RECUPERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, introduce una novedad en lo que respecta a la grabación de los juicios orales en el proceso penal que se plasma en el artículo 743 de la LECrim. Pese a ello, el tribunal *ad quem* sigue imposibilitado para la revisión de la valoración de la prueba que exige la inmediación, es decir, la posibilidad que introduce la citada ley no va a sustituir la necesidad de cumplir con las garantías constitucionales de inmediación y contradicción en la fase procesal, las cuales no resultan satisfechas con el simple visionado y examen de la grabación.

⁸⁰ Vid. STC 10/2004, de 9 de febrero.

La grabación audiovisual y la visualización de la misma no cumplen las exigencias de la inmediación directa con los medios de prueba en tanto en cuanto ésta garantiza la interacción. Además, la posibilidad de conocimiento a través de ella es mayor que la que pueda proporcionar las actas convencionales⁸¹.

Tanto antes como después de generalizar los sistemas audiovisuales de grabación de las vistas y comparencias por la ley de 2009, ha estado siempre presente un complejo debate doctrinal que no es cuestión baladí y que deriva de una serie de interrogantes que no encontraban, ni encuentran aún hoy, una respuesta pacífica: ¿la falta de inmediación en segunda instancia puede suplirse a través de los sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido? O, por el contrario, ¿no respetan el principio de inmediación que se exige para cumplir con las garantías constitucionales en el ámbito procesal?

Antes de la reforma, era práctica habitual la grabación de los juicios orales. Frente al criterio que venía estableciendo el TEDH, las audiencias provinciales consideraron que la exigencia de un examen directo y personal de la prueba practicada en debate público y contradictorio se podía suplir mediante la reproducción de lo grabado en vídeo que permitía oír personalmente las declaraciones de las partes llevadas a cabo en la audiencia pública, sin que ello infringiese el derecho a un proceso con todas las garantías y sin restricción a la hora de valorar dichos testimonios.

Así lo defendían numerosas audiencias provinciales entre las que cabe destacar la AP de Madrid que acordó adoptar, como criterio, la posibilidad de revisar la conveniencia de la solución absolutoria de una sentencia de primera instancia fundada en una prueba personal si se contaba con la grabación audiovisual del acto del juicio oral, y así el tribunal *ad quem*, encargado de efectuar tal revisión, se hallaría en un mismo plano de igualdad, en cuanto a condiciones se refiere, que el de enjuiciamiento en primera instancia⁸².

Con anterioridad a dicho acuerdo, y ante la ausencia de posibilidad legal de grabación de los juicios orales, la AP de Madrid ya se había pronunciado en los mismos

⁸¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ. Op, cit. Pág 108.

⁸² Vid. Acuerdo nº19 de 26 de mayo de 2006 adoptado por mayoría muy cualificada en la Junta de Magistrados de las secciones penales de la AP de Madrid; y Acta de reunión de magistrados de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid para unificación de criterios de 29 de mayo de 2004, Madrid.

términos por Acuerdo de 29 de mayo de 2004 en el que señalaba lo siguiente: « en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias no deben practicarse de nuevo en la segunda instancia las pruebas que dependan de los principios de inmediación y contradicción. Esa nueva práctica entrañaría graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se pondera el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado. Por otro lado, la repetición de las pruebas no sería legalmente posible a tenor de las restricciones que impone el art.790.3 de la Ley Procesal Penal. Y el acusado no tendría, obviamente, obligación de someterse a un segundo procedimiento ante la Sala sin un precepto que así lo impusiera o permitiera expresamente»⁸³.

Sin embargo, no todas las audiencias compartían este parecer. Basta citar la Audiencia Provincial de Toledo, la cual se mostró contraria a considerar que los sistemas de grabación y reproducción de imagen y sonido pudieran considerarse como una forma de suplir la falta de inmediación en la segunda instancia. Esta audiencia pone de relieve que el principio de inmediación conlleva ciertas consecuencias en el ámbito del recurso de apelación. Por una parte, aunque el tribunal *ad quem* aborde el caso sometido a su conocimiento con jurisdicción plena, éste ha de llevar a cabo su labor con arreglo al sistema de apelación limitada que da lugar a una simple «*revisio prioris instantiae*» y dentro de los cauces marcados por las partes en los escritos de impugnación («*tantum appellatum quantum devolutum*»), el hecho de que el juez que ha dictado sentencia en primera instancia sea el mismo que ha presenciado la prueba como consecuencia de la inmediación confiere un carácter necesariamente restringido a la revisión fáctica que, de su valoración probatoria debidamente motivada, pueda hacer la sentencia de apelación.

En definitiva, la audiencia recuerda que la inmediación concede una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia apelada. En consecuencia, su revisión tiene cabida únicamente cuando la prueba sea inexistente o no tenga el resultado que se le atribuye, o cuando las conclusiones fácticas impugnadas no se apoyen en medios de prueba especialmente sometidos a la percepción directa o inmediación

⁸³ FEIJÓO MIRANDA. Op, cit. Págs 29 y 30.

judicial (por ejemplo, las pruebas documentales o periciales). De manera que, en el resto de casos, esa revisión habrá de ceñirse a la razonabilidad y respaldo empírico del juicio probatorio, conforme a las reglas de la lógica y los principios de la experiencia, sin entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o de los testimonios prestados ante el Juzgador⁸⁴.

VI. PROPUESTAS DE REGULACIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y OPINIONES DOCTRINALES AL RESPECTO.

A raíz de la doctrina asentada por la STC 167/2002, han sido muchas y muy variadas las propuestas que se han ido formulado para intentar acomodarla a la regulación legal y así resolver el problema ante el que se encuentra el tribunal *ad quem* a la hora valorar las pruebas de carácter personal que han sido practicadas ante el juez *a quo*.

Así, en los últimos años, la necesidad de regular las facultades de las que goza el tribunal *ad quem* y las restricciones a las que se somete, ha aumentado considerablemente habida cuenta de los numerosos asuntos que logran llegar hasta el Tribunal de Estrasburgo que acaba declarando la violación del artículo 6 del CEDH. A ello hay que sumar la incertidumbre por falta de regulación legal ante la que se encuentran nuestros tribunales, los cuales se hallan constantemente forzados a recurrir a la jurisprudencia constitucional y que, lejos de proporcionar una regla general, obliga a realizar una minuciosa labor de interpretación casuística.

Todo ello explica que haya crecido, en los últimos años, la necesidad de regular legalmente numerosos aspectos que se venían consolidando en la práctica por vía de la jurisprudencial.

Las propuestas que se han venido formulando al respecto pueden encuadrarse en cuatro grupos: la que niega la posibilidad de recurrir a las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria por error en la apreciación de la prueba; la que propone que en segunda instancia se practiquen de nuevo las correspondientes pruebas personales ya

⁸⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ. Op, cit. Pág 118.

practicadas en la primera instancia; la que posibilita al tribunal *ad quem* la revocación de una sentencia absolutoria revisando la valoración de las pruebas de carácter personal realizada por el juez *a quo* mediante el visionado de la grabación audiovisual del juicio en que dichas pruebas se practicaron; y, finalmente, aquella que admite, en casos excepcionales, que el órgano *ad quem* anule una sentencia absolutoria por error en la apreciación de la prueba y ordene la repetición del juicio ante el juez *a quo*.

En primer lugar, hay que mencionar las propuestas que rechazan la posibilidad de recurrir a las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria por error en la apreciación de la prueba fueron fundamentalmente dos: el Proyecto de Ley Orgánica de 2005, por el que se adapta la legislación procesal a la LOPJ, se reforma el recurso de casación y se genera la doble instancia penal; y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011.

a) El Proyecto de Ley Orgánica de 2005, por el que se adapta la legislación procesal a la LOPJ, se reforma el recurso de casación y se genera la doble instancia penal⁸⁵:

Este proyecto suprimía el error en la apreciación de la prueba como motivo de apelación, y permitía recurrir por infracción de las garantías procesales, de las normas constitucionales o legales, o de la presunción de inocencia. Por otro lado, incluía la posibilidad de fundar el recurso en la aparición de hechos nuevos.

El control que se atribuía al tribunal *ad quem* de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia era el mismo que tiene actualmente el TS al conocer del recurso de casación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

b) Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011:

En el año 2011 se elaboró un Anteproyecto de LECrim., que proponía que los condenados en primera instancia pudieran impugnar el fallo condenatorio por cualquier motivo incluso solicitando la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia, mientras que las partes acusadoras solo podían recurrir contra la sentencia absolutoria por infracción de ley sustantiva o procesal pero no por error en la apreciación de la prueba⁸⁶.

⁸⁵ Vid. Proyecto de Ley Orgánica de 2005, por el que se adapta la legislación procesal a la LOPJ, se reforma el recurso de casación y se genera la doble instancia penal. BOCG, Congreso de los diputados, 27 de enero de 2006, nº 69-1

⁸⁶ Vid. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011. Exposición de motivos.

La mayoría de la doctrina dudó en su momento que este anteproyecto respetase plenamente el principio de igualdad de partes en este anteproyecto ya que se estaba negando la posibilidad de recurso a los acusadores y se reconocía únicamente para el acusado.

Además, en opinión de DEL MORAL GARCÍA, negar la posibilidad de que las sentencias absolutorias por temas de valoración probatoria sean susceptibles de recurso por motivos de fondo tiene un inconveniente grave y, a este respecto, entiende que «genera en el juzgador de instancia un sibilino y subliminal sentimiento de imposibilidad de que sus decisiones absolutorias sean fiscalizadas que no es campo propicio para el acierto. La posibilidad de recurso ejerce también una benéfica influencia disciplinaria en el proceso de enjuiciamiento»⁸⁷.

En la misma línea, TOMÉ GARCÍA considera que «puede resultar muy injusto que, si como consecuencia de una valoración manifiestamente incorrecta, errónea o arbitraria de las pruebas efectuada por el juez a quo, este dicta sentencia absolutoria, la misma no pueda ser revocada, sin el que el Ministerio Fiscal ni la víctima puedan hacer nada al respecto»⁸⁸.

En segundo lugar, encontramos aquella propuesta que promueve practicar de nuevo en segunda instancia las correspondientes pruebas personales ya efectuadas en la primera instancia. Esta otra posibilidad que se ha puesto de relieve propone, en definitiva, que, además de proceder a visionar la grabación del juicio desarrollado ante el juez *a quo*, se practiquen de nuevo las oportunas pruebas personales ante el tribunal *ad quem*. Lo que viene a defender, para solucionar los problemas ante los que nos encontramos, es la repetición del juicio ante el tribunal *ad quem* que conllevaría acoger el modelo de apelación plena en nuestro ordenamiento jurídico, similar éste al modelo alemán. Con ello se daría cumplimiento a la doctrina constitucional ya que el tribunal *ad quem* podría revisar la valoración de las pruebas personales llevadas a cabo ante el juez *a quo* respetando los principios de inmediación y contradicción.

⁸⁷ DEL MORAL GARCIA, A., «Recurribilidad de las sentencias absolutorias por cuestiones de prueba ante la reforma del proceso penal», en Jornada: «La reforma del proceso penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo XXI». Madrid, 25 de octubre de 2012.

⁸⁸ TOMÉ GARCÍA. Op, cit. Pág 41.

Sin embargo, esta opción plantea numerosas dudas e inconvenientes en opinión de una buena parte de la doctrina. Inconvenientes que se han puesto de manifiesto por nuestros tribunales. Así, la SAP de Madrid de 5 de Abril de 2010 lo expresa de la siguiente manera:

«a) ¿Qué ocurrirá cuando los declarantes dejen voluntariamente de comparecer, especialmente el apelado al que no interesa la celebración de dicha vista?; b)¿En qué medida la celebración de una nueva vista con el contenido indicado no supone una revisión del juicio de primera instancia sino un nuevo juicio con nuevas y distintas pruebas (posiblemente contaminadas?; c/ ¿En qué medida se vulnera el derecho a un proceso justo si, celebrada nueva vista con nuevas pruebas, se condena por primera vez al acusado sin posibilidad de apelar la sentencia?.

Tampoco se escapan los problemas de medios que conlleva la nueva doctrina. Cientos, miles de nuevas vistas (con un doble contenido - visionado y nueva prueba-) habrán de celebrarse con el consiguiente aumento de la carga de trabajo y sin el correlativo aumento de medios personales en los Tribunales de justicia»⁸⁹.

Por otra parte, si toda la prueba se practica de nuevo ante el órgano de apelación, se vulneraría el principio de seguridad jurídica en tanto en cuanto aquellas personas que declararon en la primera instancia son conscientes de lo que ya han declarado los demás. En consecuencia, estas personas podrían alterar las versiones o introducir datos nuevos que anteriormente no se habían puesto de manifiesto. Todo ello afectaría y afecta a la fiabilidad de los testimonios prestados. Además, se podrían producir inexactitudes como consecuencia del transcurso del tiempo que hacen imposible, materialmente, la reproducción exacta y fiel del juicio de instancia.

El mismo TS no comparte esta opción. Este tribunal se ha pronunciado al respecto considerando que si se implantara un modelo de apelación plena con la consiguiente reproducción de las pruebas en segunda instancia y abandono del sistema de apelación limitado, tradicional en el ordenamiento procesal español, «supondría en la práctica una

⁸⁹ Vid. SAP de Madrid 97/2010, de 5 de abril fundamento jurídico 2º, en Diario La Ley 71208/2010.

alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con más inconvenientes que ventajas»⁹⁰.

Podemos sintetizar las objeciones expuestas al modelo de doble enjuiciamiento en las siguientes:

1. La apelación plena conduce a que las partes se reserven su verdadera estrategia procesal para la segunda instancia. De esta forma, el primer enjuiciamiento serviría para explorar o tantear las posibilidades del contrario.
2. Los testimonios pierden espontaneidad en el segundo juicio ya que los intervinientes tienden a reproducir lo narrado en el juicio anterior en unos casos y, en otros, a reconstruirlo conforme a sus intereses y dejan de tener como referencia su percepción directa de los hechos.
3. Se verá disminuida, en las dos instancias, la virtualidad del acto del juicio oral como medio de esclarecimiento de la verdad, en un caso por la omisión de pruebas relevantes y en el otro por la devaluación de su contenido. Es más, no hay nada que garantice un mayor acierto del tribunal *ad quem* en la apreciación directa de la prueba.

Estas consideraciones son fruto de la reflexión que el propio Anteproyecto de LECrim., recoge en la exposición de motivos del citado texto. Este es partidario de preservar el modelo de apelación limitada e incluso llega a afirmar que, para asegurar una valoración de la prueba practicada más racional, es más efectivo que todo el enjuiciamiento en primera instancia se atribuya a un tribunal colegiado. Optar por ese tribunal colegiado, señala el anteproyecto, exige una menor inversión económica que la instauración del sistema de apelación plena.

No obstante, dejando al margen el sinfín de opiniones doctrinales que se puedan sostener en este ámbito en cuanto a cual sea la mejor o, si se prefiere, más acertada propuesta de regulación, y las ventajas e inconvenientes que la nueva doctrina pueda conllevar en el funcionamiento ordinario de los tribunales españoles, se ha de tener en cuenta que tanto la práctica en segunda instancia de pruebas personales ya practicadas en primera instancia como el sistema vigente actualmente, cual es la imposibilidad de repetir

⁹⁰ Vid. STS 1423/2011, de 29 de diciembre, RJ 2012/1114.

dichas pruebas, no contravienen el artículo 24.2 de la CE por lo que serían constitucionalmente viables⁹¹.

En tercer lugar, otra de las propuestas a las que nos hemos referido es aquella propuesta que posibilita al tribunal *ad quem* la revocación de una sentencia absolutoria revisando la valoración de las pruebas de carácter personal realizada por el juez *a quo* mediante el visionado de la grabación audiovisual del juicio en que dichas pruebas se practicaron, sin necesidad de que en este caso se vuelvan a practicar las pruebas mencionadas ante el órgano *ad quem*.

Uno de los grandes interrogantes que ha suscitado esta posible solución es si mediante el visionado, por parte del tribunal de apelación, de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia se satisfacen las garantías de inmediación y contradicción.

Entre la doctrina procesalista, CONDE-PUMPIDO defiende esta solución, la vía que se regula en la reforma de la LEC, es decir, filmar la prueba⁹². En el mismo sentido se pronuncia JORGE BARREIRO, quien entiende que «al grabarse todas las manifestaciones verbales del juicio oral y ser factible filmar con unos medios técnicos adecuados una buena imagen de las escenas del proceso, resulta factible supervisar el resultado de las pruebas personales practicadas en la instancia»⁹³. También considera GARCÍA CALVO que la grabación audiovisual de los juicios sería una solución al problema de la inmediación⁹⁴.

Esta solución fue acogida como criterio en el Anteproyecto de Ley de 2005 por el que se pretendía modificar la LECrim., la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y la LEC, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad. En dicho anteproyecto se mantenía el error en la apreciación de la prueba como motivo de apelación y se preveía la posibilidad de que el tribunal *ad quem* pudiera

⁹¹ TOMÉ GARCÍA. Op, cit. Págs.41 y ss.

⁹² CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El derecho a la doble instancia penal. Presente y Futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XV, Madrid, 2003. Pág 25.

⁹³ JORGE BARREIRO, A. «Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)», en Jueces para la Democracia, núm. 48, noviembre 2003, Pág 79.

⁹⁴ GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R., «El recurso de apelación...». Op, cit. Pág 325.

revocar la valoración de pruebas personales efectuada por el juez *a quo* mediante la reproducción de la grabación de la práctica de dichas pruebas en primera instancia ante el citado tribunal, es decir, el desarrollo de las sesiones del juicio se registraría en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

No obstante, el CGPJ no consideró en su momento ni adecuada ni satisfactoria dicha propuesta. Las razones que expuso el CGPJ vienen a coincidir o son parecidas a las señaladas por el TC, a saber:

1. La visión y escucha de una grabación no proporciona al juzgador las mismas impresiones que la realidad objeto de grabación y, en consecuencia, ambos tribunales participan de distinto grado de inmediación, en perjuicio del que tiene la última palabra. Se considera que la grabación del juicio de instancia la constituyen imágenes del pasado que solo permiten conocer el escenario y no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas y, por ello, la grabación no es suficiente. Tampoco sirve para poner de manifiesto errores de valoración en la formación en conciencia de la íntima convicción por el tribunal sino, únicamente, errores de percepción sensorial por parte del juzgador *a quo* respecto al resultado objeto de la prueba practicada.
2. Además, si se admite esta solución se corre un grave riesgo, ya que lo manifestado en el juicio oral puede llegar a ser objeto de un tratamiento selectivo y aislado en orden a mostrar aparentes errores de percepción, y se sacarían de contexto pasajes de la prueba que son objeto de valoración conjunta por parte del tribunal de primera instancia, incluso a pesar de que se exigiera al recurrente la identificación del error y el punto exacto de la grabación donde pudiera localizarse⁹⁵.

El TC, como hemos anticipado, se posiciona en contra de esta solución por cuanto considera que el visionado de la grabación ha de llevarse a cabo necesariamente en una vista o audiencia pública contradictoria en la que se pueda oír tanto personal como

⁹⁵ Vid. Informe al Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de enjuiciamiento criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad

directamente a quienes han declarado en el juicio de oral de primera instancia, salvo que concurra un impedimento legalmente previsto de la comparecencia de tales personas ante el tribunal *ad quem*.

La postura del TC respecto de esta propuesta es comprensible perfectamente si atendemos al razonamiento expuesto en la STC 16/2009, de 26 de enero, en su fundamento jurídico quinto:

«La garantía de inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para “comprobar la certeza de los elementos de hecho” (SSTC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2;229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5)»⁹⁶.

No obstante, no se puede negar que hay medios, como la videoconferencia o la grabación del soporte audiovisual, que transmiten o reproducen las declaraciones con un alto nivel de calidad. Incluso cabe preguntarse en este punto si no sería entonces necesario cambiar el concepto tradicional de inmediación debido en parte a ese progreso que se ha experimentado en las últimas décadas en las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido.

En cualquier caso, el TC considera en sentido estricto que la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde valorarla. Es decir, la inmediación implica un contacto directo con la fuente de prueba y adquiere verdadera transcendencia cuando se trata de pruebas (declaraciones prestadas) caracterizadas principalmente por la oralidad, regulada ésta en el art.120.2 de la CE como una exigencia constitucional en materia penal.

⁹⁶ Vid. STC 16/2009, de 26 de enero, fundamento jurídico 5º. BOE núm. 49 de 26 de febrero de 2009.

Ese examen directo y personal de la prueba exige que concurren, temporal y espacialmente, quien declara y ante quien se declara. En esto consiste la garantía constitucional, en que quien juzga tenga ante sí a quien declara y en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones. Esta máxima encuentra apoyo jurisprudencial en las resoluciones del TEDH, el cual exige al tribunal de apelación un análisis directo y personal tanto del acusado como de los testimonios prestados por él en persona, en el seno de una nueva audiencia en presencia de los demás interesados o partes intervinientes.

En atención a lo expuesto, la postura que defiende el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia no colma las garantías de la inmediación y contradicción. Por ende, no cabe actualmente mantener esta hipótesis que sí consideraban adecuada algunas audiencias provinciales de nuestro país. Dichas audiencias afirmaban que el tribunal *ad quem* podía controlar la apreciación de la prueba del juzgador a quo, sin necesidad de reproducir la práctica de la prueba ante el órgano judicial de apelación, a través de la reproducción de la grabación del juicio⁹⁷.

El TS considera también más razonable «mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera, atendiendo para ello a los relevantes y significativos datos que proporciona las grabaciones digitales de los juicios, que permiten la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación, tal como autoriza la última reforma del artículo 791.2 de la LECrim, por Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Posibilidades que, por cierto, han sido minusvaloradas por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 120/2009, 184/2009, 142/2011, 153/2011 y 154/2011)», tal y como expresa la STS núm. 1423/2011, de 29 de diciembre.

No hay duda de que la reproducción de la grabación del juicio como medio de conocimiento de lo que ha sucedido en el juicio es de gran utilidad pero, aún así, deja sin satisfacer la inmediación que exige la revisión de la valoración de las pruebas de carácter personal efectuada por el juez *a quo*. Actualmente, siguiendo la línea expositiva de TOMÉ GARCÍA, no se puede sino concluir que es imposible que el tribunal *ad quem* revoque una sentencia absolutoria y, consiguientemente, condenar al acusado inicialmente absuelto, tras valorar las pruebas personales ya practicadas ante el juez a quo mediante el visionado de la

⁹⁷ Vid. ad. ex. SAP de Madrid núm. 589/2002, de 30 de diciembre JUR 2003/113858.

grabación audiovisual del juicio en el que dichas pruebas se practicaron. En cambio, sí será factible tal posibilidad cuando la revocación se refiera a una sentencia condenatoria pudiendo el tribunal *ad quem* bien absolver o bien imponer una pena inferior al condenado en la instancia ya que en tales casos no entra en juego, por inoperancia, la presunción de inocencia.

En cuarto y último lugar, la última de las posturas es aquella que admite, de manera excepcional, que el tribunal *ad quem* anule una sentencia absolutoria por error en la apreciación de la prueba y, subsiguientemente, ordene la repetición del juicio ante el juez *a quo*.

Esta posibilidad es la que acoge en su articulado el borrador del Código Procesal Penal de 2013 que se posiciona a favor de permitir que las sentencias absolutorias puedan ser anuladas como consecuencia de la interposición de un recurso de apelación en casos excepcionales. DEL MORAL GARCÍA señala a este respecto que «en apelación las sentencias absolutorias podrían ser anuladas para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable».⁹⁸

En opinión de TOMÉ GARCÍA, dado que solo es posible dictar una sentencia condenatoria, revocando la sentencia absolutoria dictada por el juez *a quo*, si las pruebas personales se practican de nuevo ante el tribunal *ad quem*, la única posibilidad que éste tiene es la de declarar la nulidad del juicio y ordenar su repetición ante el órgano jurisdiccional *a quo*, que deberá estar integrado por distintos magistrados de los que intervinieron en el primer juicio pues ello preservaría la imparcialidad objetiva del tribunal sentenciador. Este autor considera que es exigencia derivada del interés social y de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.2 CE), posibilitar la impugnación de sentencias absolutorias. Así mismo, se estaría respetando la doctrina constitucional que entiende que la reproducción de la grabación del juicio no satisface la inmediatez que exige en todo caso la revisión de la valoración de las pruebas personales efectuada por el juez *a quo*.

Sería compatible con lo anterior que el tribunal *ad quem* llegue al convencimiento de que se ha incurrido en un error en la apreciación de la prueba por parte del órgano *a quo*

⁹⁸ DEL MORAL GARCÍA, A. Op, cit, Pág.5

través del visionado de la grabación del juicio en primera instancia, siempre que tales actuaciones se lleven a cabo en la vista con contradicción de las partes.

VI. EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL: una nueva perspectiva del recurso de apelación en el ordenamiento jurídico español.

1. El Borrador del nuevo Código Procesal Penal

El Ministerio de Justicia, en febrero del año 2013, presentó el borrador del nuevo Código Procesal Penal (CPP) elaborado por una comisión de expertos presidida por el magistrado del Tribunal Supremo MARCHENA GÓMEZ⁹⁹.

El finalidad de este código se recoge en la propia exposición de motivos cuando expresa que « el código se ha redactado con el criterio de avanzar en la salvaguarda de todas las garantías del proceso penal, en relación con el encausado y también en lo referido a la protección de las víctimas, con escrupuloso respeto de las exigencias de los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo».

En cuanto las principales cuestiones que aborda el nuevo texto, éstas pueden resumirse en dos: la generalización de la segunda instancia en todos los procesos penales, incluso si nos encontramos ante delitos graves, y en el problema en la apelación penal cuando nos encontramos ante una sentencia absolutoria fundada en la valoración de pruebas personales. Esta última cuestión requiere de un examen más detenido dada la trascendencia práctica que indudablemente tendrá en el normal funcionamiento de nuestros tribunales y puesto que se refiere directamente a la materia que es objeto de estudio en este trabajo.

⁹⁹ Vid. Borrador del nuevo Código Procesal Penal. Publicado en la página web del ministerio de Justicia:<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html>

Respecto de la primera de las cuestiones basta ahora señalar que con el CPP la necesidad de generalizar la doble instancia quedaría satisfecha, por un lado, atribuyendo a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de la apelación de sentencias dictadas por los tribunales colegiados y, por otro lado, abriendo la casación a todas las sentencias de fondo de apelación.

2. La revisión de la valoración de la prueba a tenor del CPP. Diferencias y similitudes con respecto a la regulación actual.

Actualmente, el proceso ordinario por delitos graves y el procedimiento abreviado competencia de las Audiencias son procesos de única instancia con posible casación ante el TS, y el proceso abreviado por delitos menos graves y el juicio de faltas son procesos de doble instancia sin casación. En el CPP todas las sentencias penales podrán ser revisadas por un Tribunal superior a través del recurso de apelación legalmente establecido, salvo las excepciones previstas por la ley en las causas contra aforados (art.15).

El artículo 587 del CPP dispone que «Serán recurribles en apelación todas las sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio de los Tribunales de instancia y de la Audiencia Nacional y por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, así como las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las causas contra aforados».

En cuanto a la generalización de la segunda instancia del proceso penal que el CPP propone, esta se debe a la exigencia que se deriva del artículo 14.5º del PIDCP, esto es, el derecho del condenado a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, y también de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que han venido considerando el recurso de casación como insuficiente para satisfacer las exigencias del precepto al que acabamos de hacer referencia.

En relación con el borrador del CPP merece hacer hincapié en la regulación que éste hace del ámbito de la segunda instancia. El recurso de apelación en el nuevo código continuaría circunscrito en el modelo de apelación limitada y, en consecuencia, todo lo actuado por el juez *a quo* va a poder revisarse por el tribunal *ad quem*, permitiéndose, a tal

efecto, la práctica de nuevas pruebas en supuestos excepcionales similares a los que podemos encontrar en la actual LECrim. Así mismo, seguirá teniendo el carácter de recurso ordinario o, lo que es lo mismo, podrá interponerse por cualquier motivo (art.589 CPP).

A este respecto, cabe la apelación tanto por infracción de ley procesal o material como por error en la apreciación de la prueba, manteniendo el CPP respecto de este último la excepción que hoy se hace de los recursos contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado.

Por tanto, el CPP regula un recurso de apelación en el que otorga plenas facultades al órgano *ad quem* para resolver de todas las cuestiones que se le planteen, tanto cuestiones de hecho como de derecho. En suma, se le concede una posición idéntica a la del juez *a quo* pero estableciendo una serie de limitaciones que derivan de la falta de inmediación cuando se trate de la valoración de pruebas personales practicadas ya ante el juez *a quo*.

Al igual que en la LECrim., se preserva el límite de la prohibición de la «*reformatio in peius*» en el art.564 del CPP, en virtud del cual «la situación del recurrente establecida en la resolución recurrida no podrá empeorar como consecuencia exclusivamente de su propio recurso». En opinión de TOMÉ GARCÍA, este precepto «debería completarse con la línea marcada por nuestro TC, en el sentido de que el tribunal *ad quem* no sólo no puede vulnerar el citado principio sino que tampoco puede pronunciarse sobre extremos del proceso que hayan sido consentidos por la parte que no ha apelado»¹⁰⁰.

Actualmente nos topamos con un grave inconveniente que se ha venido continuamente apuntando y que hace referencia a la doctrina constitucional que parte de la STC 167/2002. Como consecuencia de esta doctrina, resulta imprescindible un cambio en la regulación actual para hacer frente a los obstáculos a los que se enfrenta el tribunal *ad quem* cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria efectuando una nueva valoración de naturaleza personal, sin que la pruebas que tienen tal carácter se vuelvan a practicar ante dicho tribunal. Por ello, reordenar el sistema de revisión de valoración de la prueba en segunda sentencia cuando se trate de sentencias absolutorias resulta hoy total y absolutamente necesario.

¹⁰⁰ TOMÉ GARCÍA, A. Op, cit, Págs. 151-182.

El CPP, frente a la limitación que el TC establece respecto a las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso, propone «mantener la posibilidad de recurso contra sentencias absolutorias por razones de prueba pero introduciendo correctivos. El clásico motivo de error en la apreciación de la prueba sólo cabrá contra sentencias condenatorias. Pero en apelación las sentencias absolutorias podrían ser anuladas para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable con arreglo a elementos máximas de experiencia»¹⁰¹.

Para compatibilizar los principios de la doble instancia y la inmediación se acoge esta solución dada por el CPP, la cual resulta ser una fórmula intermedia entre las dos que se venían considerando.

La primera, negar la posibilidad de que las sentencias absolutorias sean susceptibles de recurso por motivos de fondo en materia de valoración probatoria, en cuyo caso, de estimarse el recurso, la primera condena habría recaído en apelación y no existiría frente a ella la posibilidad de un recurso amplio como es la apelación.

La segunda posibilidad es la del modelo alemán consistente en admitir la apelación pero estableciendo la necesidad de reproducir la prueba en la segunda instancia. No obstante, no soluciona el tema de la doble instancia cuando la condena se produce por primera vez en apelación contra la inicial sentencia absolutoria. Además, la grabación como un modo de reproducir la prueba ha sido rechazada por el TC y no hay inmediación como tal.

Por ello, el CPP considera más conveniente recurrir a una fórmula a caballo entre éstas dos. En atención a la solución que adopta, cuando se interponga recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia, pueden originarse dos situaciones distintas según quien sea el recurrente: el condenado o las partes acusadoras, diferenciación ésta que es propuesta por el CPP.

Si el condenado recurre en apelación su sentencia condenatoria por error en la apreciación de la prueba, la valoración de la prueba realizada por el órgano *a quo* va a poder ser revisada por el órgano *a quem* sin ningún tipo de problema al igual que viene sucediendo hoy día. También cuando se refiera a pruebas personales si el error es relevante y acredita el error en la apreciación.

¹⁰¹ Vid. Exposición de motivos del CPP.

El artículo 592.1° del CPP establece que «el condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas».

Por el contrario, si quien recurre es la parte acusadora haciendo valer el error en la apreciación de la prueba para que se anule la sentencia absolutoria o que se agrave la sentencia condenatoria, va a resultar necesario la debida justificación de la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido declarada de manera improcedente (Art.592.2° CPP). Lo que va a poder hacer el órgano *ad quem* cuando concurra alguno de los motivos del art.592.2° no es revocar la sentencia absolutoria y condenar valorando las pruebas personales efectuadas ante el órgano a quo. La única posibilidad que tiene es anular la sentencia impugnada y ordenar la celebración de un nuevo juicio ante el órgano *a quo*.

Cuando efectivamente se anule la sentencia en relación con toda o alguna de las acusaciones por considerar que la valoración de la prueba resulta deficiente, el Tribunal concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral (art.584.3° CPP). Así, cuando la sentencia de apelación declare la nulidad del juicio oral, ordenará que el nuevo juicio se celebre ante un Tribunal con diferente composición al que hubiera dictado la sentencia recurrida, salvo que estime de manera motivada que la imparcialidad no resulta comprometida (Art.585 CPP).

En resumen, el borrador del CPP permitirá que las sentencias penales dictadas en primera instancia se revisen alegando, entre otros motivos, la infracción en la valoración de la prueba. Según lo dispuesto en el art. 592, en estos casos la apelación podrá plantearse por el condenado para que sea revisada su condena, así como por la acusación para anular la sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, exigiendo el precepto justificación de la «insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas propuestas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada» (art. 592.2 CPP).

En este segundo ámbito se entronca la cuestión acerca del modo en que el tribunal *ad quem* ha de proceder para revisar la prueba practicada en la primera instancia y cuya valoración se recurre si el resultado conduce a revocar una sentencia absolutoria o a empeorar la sentencia condenatoria. La exposición de motivos de dicho borrador hace mención de la doctrina consolidada tanto por el TC como por el TEDH, esto es, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, como contenido del derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24 de la CE, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público, y ello hace necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

En opinión de SANCHEZ POS, la problemática que cabe plantear en relación con esta materia a colación de la nueva regulación del CPP, es si aquellas exigencias de inmediación se ven satisfechas con el visionado en la vista de la grabación del juicio celebrado en la primera instancia. La exposición de motivos del nuevo texto afirma categóricamente, siguiendo los postulados de la doctrina constitucional, que «la utilización de la grabación como sucedáneo de esa reproducción de prueba, amén de estar ya rechazada por el Tribunal Constitucional, no es buen sistema. No hay inmediación en rigor». Añade esta autora que «la regulación prevista en el posterior articulado resulta, sin embargo, incoherente, pues se prevé, como única manifestación de la inmediación judicial para la revisión de la prueba en el acto de la vista, la posibilidad, siempre a instancia de parte además, de proceder al visionado de la grabación del juicio oral o de la lectura del acta (art. 598)». Y concluye considerando que «el nuevo texto no cierra adecuadamente esta cuestión y se impone, en consecuencia, una nueva reflexión»¹⁰².

Es preciso señalar que se van a apartar de este régimen las sentencias del Tribunal del Jurado, que no van a poder ser apeladas por omisión, insuficiencia o defecto de motivación respecto de la valoración de la prueba efectuada para la emisión del veredicto (art. 592.3).

¹⁰² SÁNCHEZ POS, M^a.V. La prueba en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Diario la ley, núm. 8197, 22 de noviembre de 2013 (LA LEY 8841/2013). Pág 1 y ss.

Del nuevo régimen jurídico propuesto por el CPP, se pueden sustraer una serie de consecuencias. De manera que si el recurso de apelación por error en la valoración de la prueba fuese estimado, el Tribunal dictará la resolución que proceda de acuerdo con las pretensiones de las partes (art. 584.5.^ª), que podrá consistir: en un pronunciamiento absolutorio o que contenga otras hipótesis alternativas más favorables al reo, si el recurrente es el condenado, mientras que si el recurrente es cualquiera de las acusaciones, declarará la nulidad de la sentencia absolutoria o condenatoria de menor gravedad para su nuevo dictado por el Tribunal a quo, debiendo concretarse si la nulidad ha de extenderse al juicio oral (art. 584.3.^ª), en cuyo caso se ordenará que el nuevo juicio se celebre ante un Tribunal con diferente composición al que hubiere dictado la sentencia recurrida, salvo que motivadamente estime que no queda comprometida la imparcialidad (art. 585).

VII. CONCLUSIONES

Del estudio y de la investigación científica realizada en el presente trabajo, correspondiente al ámbito del Derecho Procesal y, en concreto, de la apelación penal, se pueden extraer una serie de conclusiones:

1. Los principios de inmediación, contradicción y publicidad se encuentran subsumidos en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la CE y, en consecuencia, tendrán que ser ineludiblemente observados por los tribunales españoles. La inmediación hace referencia a la exigencia de que los miembros del tribunal sentenciador estén presentes en la práctica de las pruebas y en los actos alegatorios de las partes en aras a garantizar el conocimiento directo y la percepción sensorial del juzgador de los medios de prueba practicados en su presencia. Se caracteriza así mismo por la inmutabilidad del juzgador, esto es, el juez que ha presidido la prueba tendrá que coincidir con quien está llamado a resolver la causa.

2. Lo anterior ha de tenerse en cuenta en el marco de un «modelo de apelación limitada o restringida» que es el que acoge el ordenamiento jurídico español. Ello quiere decir que la facultad que tiene el tribunal *ad quem* es la de revisar lo actuado por el juez *a quo* sobre la base de lo juzgado en la primera instancia o, lo que es lo mismo, el recurso de apelación no genera una segunda

instancia entendida como un «*novum iudicium*» (modelo de apelación plena) o nuevo proceso en que se van a poder formular nuevas alegaciones, introducir hechos fácticos y probatorios o repetir pruebas ya practicadas en primera instancia, sino como una «*revisio prioris instantiae*» o un «juicio sobre el juicio».

3. Por tanto, el tribunal *ad quem* se halla en una posición de inferioridad respecto del órgano *a quo* ya que este último dispone de fuentes de conocimiento más directas y concluyentes para formar su convicción. Además, el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación se encuentra condicionado por el principio de prohibición de la «*reformatio in peius*» y el principio «*tantum devolutum, quantum appellatum*».

4. En el marco de la apelación penal, uno de los problemas que se planteó fue que el TC venía considerando el recurso de apelación como un «*novum iudicium*», con plena competencia para el conocimiento y fallo del litigio, y equiparaba las posiciones tanto del juez *a quo* como del órgano *ad quem*. El reconocimiento de esta doctrina contradecía el sistema restrictivo de facultades cognoscitivas del tribunal revisor consagrado en la ley procesal española y se presentaba en la praxis un grave inconveniente ya que, en ocasiones, podíamos encontrarnos con sentencias en las que el órgano *ad quem* revisaba la prueba efectuada en primera instancia sobre la base de estimaciones o apreciaciones personales sin presenciar la práctica de la prueba directa y personalmente.

5. Además de entrar en colisión con el sistema de apelación restringida, se vulneraba con ello el artículo 6.1 del CEDH, el derecho que tiene toda persona a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial, por haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública cuando, en atención al caso concreto, así se requería. Por el incumplimiento o infracción de dicho precepto muchos fueron los pronunciamientos del TEDH que condenaban a los tribunales españoles, los cuales a su vez se topaban con otro obstáculo impuesto por la normativa española vigente ya que el artículo 790.3 de la LECrim., al regular la prueba que puede practicarse ante las Audiencias Provinciales en apelación de sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal, dispone que serán sólo las que no se pudieron promover en primera instancia, las que se propusieron y fueron

indebidamente denegadas y las admitidas que no pudieron practicarse por causas no imputables al recurrente. Como se puede observar no contempla la posibilidad de repetición de pruebas que se llevaron a cabo en la vista oral ante el órgano que dictó la resolución recurrida (en primera instancia).

6. En este contexto, no es de extrañar el giro doctrinal adoptado por la STC 167/2002 que determina el alcance limitativo de las facultades del órgano *ad quem* cuando éste realiza una valoración distinta de la efectuada por el juzgado de lo penal y señala que en supuestos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción. En caso contrario, se estarían vulnerando las garantías constitucionales.

7. No obstante lo anterior ha sido matizado por la jurisprudencia constitucional posterior al año 2002 apoyándose en la doctrina europea. Dicha doctrina establece, entre otras consideraciones, que para determinar si está o no justificada la falta de audiencia pública en la segunda o tercera instancia, habrá que estar a las peculiaridades tanto del procedimiento, examinado éste conforme al ordenamiento jurídico interno, como del supuesto concreto y sin que se pueda decidir en abstracto.

8. A la hora de determinar si se ha de aplicar o no esta doctrina constitucional (configurada por la STC 167/2002) hay que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Debemos encontrarnos ante una sentencia absolutoria en la primera instancia que es revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria.
- No siempre existe el derecho absoluto a una audiencia pública en segunda instancia en aplicación del artículo 6.1 del CEDH, sino sólo cuando deban observarse las garantías de inmediación y contradicción que han de presidir la valoración probatoria en la segunda instancia.

- El órgano *ad quem* no puede condenar a quien ha sido absuelto en primera instancia sí, para llegar a tal fin, se ha fijado un nuevo relato de los hechos probados a raíz de la valoración de pruebas que exigen haberse practicado con inmediación del órgano *ad quem*, es decir, se requiere de un examen directo de las partes, de los testigos o de los peritos en un debate público respetando las posibilidades de contradicción (ej. examen directo y personal del comportamiento o las intenciones del acusado).
- Se exceptúa esta doctrina cuando la condena pronunciada en apelación no haya alterado el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo; cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración; o bien cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuáles el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas de las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conozcan en apelación sin que por ello se vulneren las garantías constitucionales. Es decir, cuando se trate únicamente de cuestiones de Derecho y no de cuestiones de Hecho.
- Las pruebas personales requieren de la debida inmediación ya que la percepción sensorial de la declaración servirá para juzgar sobre la credibilidad subjetiva del declarante (declaraciones del acusado, testigos o peritos). No obstante, si la falta de verosimilitud de la declaración o la falta de credibilidad se basa en datos objetivos (ej. imposibilidad física de los hechos narrados, contradicción palmaria con lo acreditado documentalmente o incorrección técnica

pericialmente acreditada), el juez de apelación puede valorar dicha declaración sin presencia personal del declarante.

- La prueba pericial puede exigir o no inmediación según los casos. Si en el informe pericial escrito está expuesto debidamente el razonamiento no será necesaria la inmediación. En cambio, sí se exigirá si el perito extiende su intervención a la apreciación de algún hecho concreto (ej. peritaje psicológico a una menor) y no se limita a aportar conocimiento específicos o máximas de experiencia.
- La prueba documental puede ser objeto de valoración directa por parte del órgano judicial de apelación sin necesidad de inmediación. Ahora bien, si concurre una prueba documental con otra personal que sí exija inmediación, el TC suele concluir con la estimación del recurso de amparo, la anulación de la sentencia recurrida y la retroacción de las actuaciones.

9. En todo caso, es absolutamente necesario que los órganos jurisdiccionales analicen y examinen las características del proceso en su conjunto para poder determinar hasta que punto es inexcusable la audiencia del acusado en la segunda instancia, sobre todo si se tiene en cuenta que el órgano *ad quem* sería el primero en condenar al acusado sin que tenga éste posibilidad de recurrir (dejando aparte el recurso de amparo al TC).

10. Finalmente hay que tener presente que, a la hora de resolver un recurso de apelación contra una sentencia absolutoria en primera instancia que se fundamenta en pruebas personales que requieren de inmediación, las Audiencias Provinciales pueden actuar de diversas formas: por un lado, pueden hacer caso omiso de la doctrina del TC y del TEDH procediendo a revalorar las pruebas personales sin celebración de vista alguna y concluyendo con la condena de quien había sido absuelto en primera instancia. En este caso, tanto el TC como el TEDH habrán de conceder el amparo por vulneración manifiesta de los artículos 24.2 de la CE y el 6.1 del CEDH.

Por otro lado, pueden optar por seguir la doctrina constitucional y europea procediendo a repetir toda prueba que exija inmediación. No obstante,

parece que esta línea de actuación no es viable en nuestro ordenamiento jurídico en aplicación de la normativa actualmente vigente y que, no olvidemos, es de obligado cumplimiento (art. 790.3 de la LECrim).

Otra posibilidad a la que han recurrido con frecuencia algunas Audiencias es salvaguardar el principio de inmediación a través del visionado de la grabación de la imagen y el sonido de la vista de instancia. Sin embargo, con la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se pone de manifiesto que tal visionado no sustituye las garantías constitucionales de inmediación y contradicción ya que, a la hora de valorar la credibilidad de los testigos o la declaración del acusado, las reacciones no se perciben igual que cuando se está presente físicamente. Solamente apuntar en este sentido que este recurso técnico podría haber sido el idóneo para corregir la pérdida de inmediación consustancial al actual diseño de la segunda instancia, aunque fuera transitoriamente. Además, cabe preguntarse entonces qué sentido tiene el visionado de la grabación ante el tribunal de apelación¹⁰³.

En suma, la necesidad de regulación legal es hoy ineludible, imprescindible y urgente de cara a paliar los inconvenientes que toda esta situación está suscitando para los tribunales españoles y, en especial, para los justiciables. No cabe duda de que en tanto en cuanto tal reforma no se lleve a cabo, el tribunal *ad quem* que tenga que conocer de recursos de apelación contra sentencias absolutorias en primera instancia basada en pruebas de carácter personal, no puede sino ceñirse, ajustarse y cumplir lo mandado por la doctrina del TC y del TEDH.

Con ello quedan patentes dos cuestiones: la importancia de toda esta materia en el panorama jurídico procesal de nuestro país y el controvertido debate que se ha suscitado, aún no superado, a raíz de la limitación a la revocación de sentencias absolutorias por razones probatorias de la STC 167/2002. Por ello, es absolutamente necesario un cambio en la normativa vigente.

¹⁰³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. Op, cit. 127-129

La última propuesta de regulación que pretende remediar todos estos problemas, es aquella contenida en el anteproyecto de CPP del año 2013. El nuevo texto permite al órgano *ad quem*, cuando se invoque y se aprecie error en la apreciación de la prueba, anular la sentencia impugnada y ordenar la celebración de un nuevo juicio ante el órgano *a quo*. Sin embargo, cabe plantearse hasta qué punto esta posibilidad casa correctamente en nuestro ordenamiento jurídico español y en concreto con el modelo de apelación limitada en el que el recurso de apelación seguiría circunscrito a tenor del nuevo código.

Por otro lado, instaurar un modelo de apelación plena no parece conveniente porque, a pesar de que se estarían cumpliendo con el principio de inmediación, no significa que vaya a garantizar que la resolución sea más justa¹⁰⁴. Y no sólo eso, llevar a cabo esa reforma en nuestro ordenamiento jurídico conllevaría un alto coste económico a la par que se depreciaría la justicia de primera instancia considerablemente.

En síntesis, las propuestas que se han venido formulando son:

- la que niega la posibilidad de recurrir a las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria por error en la apreciación de la prueba;
- la que propone que en segunda instancia se practiquen de nuevo las correspondientes pruebas personales ya practicadas en la primera instancia;
- la que posibilita al tribunal *ad quem* la revocación de una sentencia absolutoria revisando la valoración de las pruebas de carácter personal realizada por el juez *a quo* mediante el visionado de la grabación audiovisual del juicio en que dichas pruebas se practicaron;
- finalmente, aquella que admite que el órgano *ad quem* pueda anular una sentencia absolutoria por error en la apreciación de la prueba y ordene la repetición del juicio ante el juez *a quo*, en casos excepcionales.

¹⁰⁴ Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ. Op, cit. pág 128.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- **Doctrina:**

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CACHÓN VILLAR, P. «La doble instancia penal y el recurso de casación», en Revista jurídica de Castilla y León, N°. 10, 2006, págs. 13-64. Disponible en <http://www.jcyl.es>

CERES MONTES, J.F. «Proceso Penal». *Enciclopedia Jurídica*, en Diario La Ley, n° 3641/2008.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El derecho a la doble instancia penal. Presente y Futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Madrid, 2003.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «La revisión fáctica en la apelación penal. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional», publicado en *Iuris Actualidad y práctica del derecho* n°76, octubre 2003, págs. 41 -51.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Constitución española y los principios rectores del proceso civil», *Principios Constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 1993, págs. 139-140.

DEL MORAL GARCIA, A., «Recurribilidad de las sentencias absolutorias por cuestiones de prueba ante la reforma del proceso penal», en *Jornada: La reforma del proceso penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo XXI*?. Madrid, 25 de octubre de 2012. Publicada en la página web de la Fundación Ramón Areces.

FEIJÓO MIRANDA, J.; «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», publicado en HURI-AGE Consolide ingenio, Informe «El tiempo de los derechos» núm. 30, marzo 2013. Disponible en: http://www.tiempodelosderechos.es/docs/abr13/num_30.pdf

GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R. «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA, J.V. La inmediación en la 2ª instancia y las Sentencias arbitrarias de la primera, en *Diario La Ley*, N° 6876, 2008.

GIMENO SENDRA. V. Derecho Procesal Penal. Ed. Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters. Pamplona, 2012. Págs. 107 y 108.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. «La supuesta garantía de la inmediación en la segunda instancia penal española. Seis sentencias condenatorias del TEDH en menos de tres años». *Revista General de Derecho Europeo*, 2012. Págs 1-8 y 26-28.

GÓMEZ RECIO, F. «La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o de cómo abrir la caja de Pandora en el Recurso de Apelación Penal», en *Diario La Ley*, N° 5871, 15 de octubre de 2003. (LA LEY 1607/2003)

JORGE BARREIRO, A. «Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, noviembre 2003, Págs 79-80.

MAGRO SERVET, V. ¿Pueden las Audiencias Provinciales revocar las sentencias absolutorias de los Juzgados de lo Penal sin oír al acusado? Las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2002 y 170/2002, en *Diario La ley*, N° 5677, 2002 (LA LEY 4115/2002).

MAGRO SERVET, V. «Principio de Inmediación». Enciclopedia Jurídica, en Diario La Ley, nº 3566/2008

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, 20ª edic., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RODRIGUEZ RUBIO, C. Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma. Dykinson, 2008. Madrid.

RUIZ MORENO, J.M., La prohibición de la Reformatio in peius en el Proceso Penal Español: su consideración a la luz de la jurisprudencia, edit. Aranzadi, Cizur Menor – Navarra- 2010, págs.70 y 71.

SÁNCHEZ POS, Mª.V. La prueba en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Diario la ley, Nº 8197, 22 de noviembre de 2013 (LA LEY 8841/2013)

SOLAZ SOLAZ, E. « Los recursos ordinarios en el anteproyecto de Código Procesal Penal». La Ley Penal, Nº 106, Sección Legislación aplicada a la práctica, en (Editorial) Diario La Ley, nº 335/2014.

TOMÉ GARCÍA, A. Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal. Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013, edit. Colex, Madrid, 2013. (págs. 13-57 y 151-182).

- **Jurisprudencia**

Respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción:

- STC 30/2010, de 17 de mayo
- STC 16/2009, de 26 de enero

Proceso penal, derecho a recurrir y apelación penal:

- STC 53/1989, de 22 de febrero

- STC 223/2002, de 25 de noviembre
- STC 120/2009, de 18 de mayo

Ámbito de conocimiento de la segunda instancia:

- STC 28/2003, de 10 de febrero
- STC 249/2005, de 15 de noviembre
- STC 3/1996, de 15 de enero
- STC 167/2002, de 18 de septiembre
- STC 170/2002, de 30 de septiembre
- STC 198/2002, de 26 de octubre
- STC 230/2002, de 9 de diciembre
- STC 154/2011, de 17 de octubre
- STC 75/2006, de 13 de marzo
- STC 143/2005, de 6 de junio
- STC 126/2007, de 21 de mayo
- STC 120/2009, de 18 de mayo
- STC 123/2005, de 12 de mayo

Doctrina anterior a la STC 167/2002

- STC 120/1999, de 28 de junio
- STC 43/1997, de 10 de marzo
- STC 124/1983, de 21 de diciembre
- STC 23/1985, de 15 de febrero
- STC 54/1985, de 18 de abril
- STC 194/1990, de 29 de noviembre
- STC 323/1993, de 8 de noviembre
- SAP de Huelva núm.55/2002, de 9 de abril de 2002

Resoluciones del TEDH:

- STEDH de 26 de marzo de 1988, caso *Ekbatani* contra Suecia
- STEDH de 8 diciembre de 1983, caso *Axen* contra Alemania
- STEDH de 22 de febrero de 1984, caso *Sutter* contra Suiza
- STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu* contra Rumania
- STEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Andersson* contra Suecia
- STEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Fejde* contra Suecia
- STEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Helmers* contra Suecia
- STEDH de 8 de febrero de 2000, caso *Cooke* contra Austria
- STEDH de 19 de diciembre de 1996, caso *Botten* contra Noruega
- STEDH de 15 de julio de 2003, caso *Arnarsson* contra Islandia
- STEDH de 18 de mayo de 2004, caso *Destrebem* contra Francia
- STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González* contra España
- STEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll* contra España
- STEDH de 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo* contra España

Aplicación de la doctrina de la STC 167/2002 en los tribunales:

- SAP Alicante núm.42/1998, de 30 de marzo (antecedente de la STC 167/2002)
- STC 170/2002, de 30 de septiembre
- STC 88/2013, de 11 de abril
- STC 184/2009, de 7 de septiembre
- STC 213/2007, de 8 de octubre (FJ 2)
- STC 64/2008, de 26 de mayo, (FJ 3)
- STC 115/2008, de 29 de septiembre, (FJ 1º);
- STC 49/2009, de 23 de febrero, (FJ 2º);
- STC 120/2009, de 18 de mayo, (FFJJ 2º a 4º)

- STC 132/2009, de 1 de junio, (FJ 2º)

Distinción cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho:

- STC 209/2003, de 1 de diciembre
- STC 113/2005, de 9 de mayo

Valoración de pruebas en segunda instancia:

- STC 168/2005, de 20 de junio
- STC 186/2005, de 4 de julio
- STC 170/2005, de 20 de junio
- STC 338/2005, de 20 de diciembre
- STC 143/2005, de 6 de junio
- STC 41/2003, de 27 de febrero
- STC 10/2004, de 9 de febrero
- STC 230/2002, de 9 de diciembre
- STC 189/2003, de 27 de octubre
- STC 96/2004, de 24 de mayo
- STC 203/2005, de 18 de julio
- STS 441/1999, de 23 de marzo

Otras sentencias de interés:

- SAP Madrid núm. 97/2010, de 5 de abril
- STS 1423/2011, de 29 de diciembre
- SAP Madrid núm. 589/2002, de 30 de diciembre