

# EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA DOBLE INSTANCIA PENAL

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Carlos III de Madrid

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Apelación y segunda instancia. 3. El principio de la instancia única en el proceso penal. 4. El derecho a los recursos y la impugnación de la sentencia condenatoria. 5. Las exigencias constitucionales de la impugnación de las sentencias penales: A) Los procesos penales de instancia única. B) La apelación contra sentencias absolutorias. La condena en apelación o en casación. C) La apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo. 6. La respuesta de nuestro sistema de recursos a las exigencias del PIDCP. 7. La reforma de la LOPJ por la LO 19/2003. 8. La generalización de la segunda instancia penal. Más problemas que soluciones: A) La pretendida igualdad de las partes en la impugnación. B) El sentido y finalidad de los recursos en el proceso penal. Los límites del tribunal *ad quem*. 9. Los motivos de impugnación de las sentencias penales: A) El control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales. B) El control de la interpretación y aplicación de la ley penal. C) El control de la motivación de la sentencia. D) El control sobre los errores de hecho. E) Los errores en la valoración de la prueba. 10. Un recurso de apelación limitado en el orden penal. La valoración de la prueba de instancia. 11. Nueva prueba en apelación. 12. El recurso de apelación limitado y el respeto de las garantías constitucionales. 13. El encaje del recurso de apelación penal en la organización judicial española.

## 1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico hay ciertas impugnaciones que deben decidirse por el propio tribunal que ha dictado una resolución; impugnaciones que algunos autores han denominado “remedios”, y que pretenderían una reconsideración de lo decidido, introduciendo argumentos o poniendo énfasis en aspectos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el juzgador; son la reposición, la reforma o la súplica, los denominados recursos no devolutivos, por cuanto, de acuerdo con la antigua concepción de la jurisdicción, es el propio tribunal quien debe decidir sobre la solicitud impugnatoria de una parte procesal, conservando así la jurisdicción, evitando remitirla a los tribunales superiores.

Comúnmente la decisión sobre la impugnación de las resoluciones judiciales que se dictan en un proceso se residencia en un órgano superior y, por lo general, con mayor experiencia del tribunal de donde procede; esa impugnación puede alcanzar tanto la revisión del procedimiento seguido como del juicio expresado, permitiendo la confirmación de la decisión o su modificación, anulación o sustitución por otra.

Deben hacerse inicialmente algunas precisiones sobre las impugnaciones: en primer lugar, parece claro que la decisión del órgano que resuelve el recurso no evita absolutamente el acierto o error de la resolución que en definitiva prevalezca, aunque desde luego mediante el doble examen, o el examen de los defectos

denunciados por el recurrente, se puede lograr un mayor acierto en la decisión.

En segundo término, el sistema de recursos permite un control interno de las resoluciones dentro del propio aparato judicial, pues la instancia superior podrá revisar la motivación de la resolución recurrida, que es un elemento capital de la legitimación de la potestad jurisdiccional en el Estado de Derecho, además de formar parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, en relación con el art. 120.3); derecho fundamental que comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, prohibiendo las actividades de deducción y de decisión internas o secretas, de modo que lo resuelto debe aparecer expresado y fundado en toda su extensión, dando a conocer que la actuación del juzgador no ha sido arbitraria, irracional, o absurda.

En tercer lugar, al propio tiempo, la instauración de los recursos contra las decisiones judiciales incorpora al sistema de justicia un factor relevante de pacificación social en la solución de los conflictos jurídicos que representa una de las finalidades de la jurisdicción; con la interposición de un recurso, la parte que no ha visto reconocidos o satisfechos sus derechos del modo en que los había planteado en el proceso, aquel a quien la resolución le produce un gravamen, tiene la oportunidad de acudir a otro tribunal para obtener exactamente sus pretensiones.

## 2. APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA

La apelación ha sido concebido tradicionalmente como el recurso ordinario por antonomasia, porque, en general, puede interponerse contra todas las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal de la primera instancia y porque no responde a unos concretos motivos en los que deba sustentar la apelación el recurrente, sino que se abre a examinar cualquier infracción cometida por el órgano inferior.

La apelación es una impugnación que se plantea contra una resolución perjudicial para el apelante y que se solventa por un órgano superior que resuelve de nuevo, en una segunda decisión que puede declarar la nulidad o la invalidez de la primera, por apreciar un vicio procesal, o bien puede modificar el juicio del órgano inferior por considerarlo erróneo, aun cuando la decisión se haya adoptado válidamente; es decir, la apelación sirve tanto para denunciar los defectos de la actividad procesal (medio de impugnación) como para evidenciar y corregir los errores o desviaciones en el juicio lógico (medio de gravamen).

Por lo tanto, su carácter ordinario y devolutivo (devuelve la jurisdicción al superior en aquello que se ha impugnado —*tantum appellatum quantum devolutum*—), implica que el órgano de la apelación tiene la misma competencia que el de la primera instancia para conocer del litigio en los términos en que el recurso se ha planteado; su decisión tiene como presupuesto el gravamen de quien recurre y como límites los términos en que el apelante formula su impugnación.

El recurso de apelación abre también la segunda instancia, es decir, la posibilidad de que el tribunal de apelación se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia ante el tribunal inferior. Esto supone que, sin motivos tasados, se puedan revisar tanto el cumplimiento de las normas procesales en las actuaciones de la instancia como la totalidad de la sentencia, comprendiendo no sólo la aplicación del Derecho sino también las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Para eso debe haberse impugnado una resolución definitiva, que decida y cierre la primera instancia; por tanto, no hay segunda instancia cuando se impugnan, aunque sea a través del recurso de apelación, resoluciones interlocutorias o incidentales que no pongan término al proceso, porque entonces la competencia del órgano de apelación no podrá alcanzar el pleno conocimiento del asunto.

En algunos ordenamientos jurídicos se ha concebido la segunda instancia como un

nuevo juicio, la llamada apelación plena, en la que el tribunal superior recibe *ex novo* todos los materiales de hecho de la primera; se permitiría aportar ante él cualquier material nuevo, completar las pretensiones planteadas en la primera instancia e incluso ejercitar nuevas pretensiones, de modo que ocupa la misma posición frente al asunto que el de la primera instancia.

En el derecho español la apelación y la segunda instancia se han diseñado tradicionalmente como una apelación limitada, es decir, una *revisio prioris instantiae*, de modo que sólo cabe la denuncia de la resolución impugnada a partir de los mismos materiales de la primera instancia, aunque se permite con carácter excepcional la aportación de nuevos elementos de prueba.

Así pues, el tribunal superior se halla consuetudinario al examen y crítica de la actividad desarrollada por el órgano de la primera instancia, de modo que se revisan los hechos, las pruebas y la motivación de una manera mediata o indirecta.

Ahora bien, la posibilidad de que el apelante pretenda en el recurso un pronunciamiento del órgano superior sobre cualquiera de los defectos en que se hubiera incurrido en el procedimiento o en la resolución recurrida, no obsta para que se pueda exigir que el recurso sea fundado, es decir, que el apelante dé a conocer desde el primer momento cuáles son los puntos por los que pretende que la decisión de primera instancia sea revocada, aunque la ley no establezca motivos tasados para referir solamente a ellos la impugnación, puesto que se trata de un recurso ordinario.

### 3. EL PRINCIPIO DE LA INSTANCIA ÚNICA EN EL PROCESO PENAL

La instauración en la Francia revolucionaria del enjuiciamiento penal por jurados a finales del siglo XVIII (1791), tomado del derecho inglés, provocó una auténtica convulsión en el modo de concebirse y desarrollarse el proce-

so penal, pues decidiendo de acuerdo con lo sucedido en el juicio, además de introducir la publicidad, la oralidad, la inmediación en la práctica de las pruebas y la libre valoración de las mismas, rompió con el viejo sistema de las sucesivas instancias en todos los procedimientos.

Como consecuencia de la instauración del jurado se consagró el principio de la instancia única, como principio rector del proceso penal, en el *Code d'instruction criminelle* (1808) y luego en todos los Códigos procesales penales del siglo XIX. Se entendía que una segunda instancia, en la que se pudiese revisar o controlar la decisión de los jurados, no era admisible, pues de una parte resultaba inviable la fiscalización de una decisión que era inmotivada por su propia naturaleza y por el modo de adoptarse, debido a que las pruebas se debieron haber apreciado en conciencia; de otra parte, no era posible la revisión de la decisión de fondo porque la segunda instancia produciría entonces una suerte de fraude a la participación popular en la justicia, ya que no se respetaría la soberanía popular, manifestada en el veredicto de los jurados, si se permitiera que un tribunal superior pudiera revocar la decisión soberana de éstos, y a este propósito resultaba indiferente que el tribunal superior estuviera formado por magistrados profesionales, cuyo criterio hubiera de prevalecer sobre el de los ciudadanos, o por otros ciudadanos jurados, que no tendrían mayor legitimación que los primeros.

En el juicio por jurados se estableció la posibilidad de la “devolución del veredicto” por error grave o manifiesto, por incongruencia o por oscuridad; asimismo se introdujo el recurso de revista, una especie de recurso de nulidad del veredicto, cuando éste fuera manifiestamente injusto en la declaración de culpabilidad o inocencia, en opinión unánime del tribunal de derecho, en cuyo caso había que volver a constituir un nuevo jurado.

Con carácter general, incluso después de desaparecer la forma inglesa de jurado en Francia, se mantuvo el principio de la instancia única en el proceso penal, como uno de los logros del nuevo sistema de enjuiciamiento

to (así lo pondera de modo entusiasta la exposición de motivos de nuestra LECRIM de 1882); con lo cual, ante la falta de un recurso ordinario contra las sentencias dictadas en instancia única, se ampliaron los motivos de un recurso extraordinario como el de casación.

#### 4. EL DERECHO A LOS RECURSOS Y LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

La jurisprudencia constitucional española ha elevado el derecho a los recursos, es decir, el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales gravosas para un litigante, al rango de derecho fundamental, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata, como sostiene el Tribunal Constitucional, de un derecho de configuración legal, que no exige establecer impugnaciones en todos los casos, sino que impone el acceso a los recursos solamente cuando la ley procesal los hubiera previsto para un proceso en concreto, dejando al criterio del legislador ordinario la fijación del fijar el ámbito de las resoluciones recurribles, los presupuestos de interposición del recurso, el órgano competente para resolver, o el procedimiento que deba seguirse.

Como expresaba a este propósito la STC 214/03, de 1 de diciembre (FJ 3)

*Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal viene manteniendo de modo constante en el tiempo 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 al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE 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, en razón de la existencia en él de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción. De esa circunstancia extrajimos a partir de la STC 119/1998, dictada por el Pleno de este Tribunal el 4 de junio de dicho año, las siguientes conclusiones:*

*“Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, ‘ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)’. En fin, ‘no puede encontrarse en la Constitución —hemos dicho en el mismo lugar— 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 (STC 3/1983)’ (STC 37/1995, FJ 5).*

Ahora bien, esta libertad para el legislador ordinario no es omnímoda, pues el derecho a los recursos se debe entender vulnerado cuando en un determinado orden jurisdiccional no se estableciera recurso alguno contra la totalidad de las resoluciones dictadas; cuando la admisibilidad de un recurso se hiciera depender de presupuestos meramente formalistas, o cuando los órganos judiciales interpretaran las normas impidiendo de hecho la utilización del recurso (entre otras, SSTC 59/84, 5/88, 20/91 y 161/92). Sin embargo, no se vulnera ese derecho cuando la ley no los hubiera establecido frente a una determinada resolución.

Estas consideraciones, que tienen sentido y alcance general, han de ser matizadas respecto del proceso penal, pues entonces hay que tener en cuenta que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (PIDCP), reconoce que “toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal

superior conforme a lo prescrito en la ley”. Y que, en el artículo 2.1 del Protocolo Adicional nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 22 de noviembre de 1984, aun cuando todavía no ha sido suscrito por España, se dispone que “toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior”.

Por lo tanto, aunque con carácter general la Constitución española no reconoce un derecho al recurso, dejando libertad al legislador para diseñar el sistema de impugnación que considere oportuno, parece que en el proceso penal el derecho a recurrir debe entenderse incluido en el artículo 24 de la CE, pues interpretado desde la perspectiva del PIDCP, en aplicación del artículo 10 de la propia CE, el derecho a la tutela judicial efectiva exige ese reconocimiento.

Eso significa que existe una sustancial diferencia entre el orden penal y el resto de órdenes jurisdiccionales, pues debe entenderse que el derecho al recurso en el proceso penal —al menos el derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias— forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (STC 116/88) o, como en alguna ocasión ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, del conjunto de garantías y derechos procesales del artículo 24.2 (STC 42/82), existiendo en cualquier caso un auténtico deber constitucional de prever un recurso (SSTC 42/82, 76/82, 3/83, o 230/93).

Así pues, es preciso abordar el encaje en nuestro ordenamiento de los mandatos de los textos internacionales citados, aunque durante más de un siglo ha regido en España pacíficamente el sistema de instancia única en el proceso penal.

A pesar de eso, el principio de la instancia única no ha operado en nuestro país de forma absoluta, pues en la actualidad tanto las sentencias dictadas en los juicios de faltas como en los procedimientos abreviados que se siguen ante los Juzgados de lo Penal, que representan

con gran diferencia el mayor número de resoluciones de la justicia penal, así como las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, pueden ser recurridas en apelación; por lo tanto, se mantiene la instancia única para las sentencias dictadas en los procesos por delitos más graves, que sólo pueden recurrirse en casación.

La situación no puede ser más paradójica, pues el condenado por delito más grave ve reducidas sus posibilidades de impugnación, pues sólo se abre para él al recurso de casación, limitándose la amplitud de la revisión del órgano *ad quem*.

## 5. LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES

Desde luego que no resultan pacíficas las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico acerca de la amplitud con que hayan de concebirse las disposiciones de los textos internacionales sobre derechos humanos que rigen en España y, por lo que aquí interesa, el recurso al que se refiere el PIDCP, tanto en lo referente a los hechos, como a la actividad probatoria o a la valoración de los resultados de la misma. No cabe duda de que esas disposiciones integran las propias garantías constitucionales españolas “por imperativo del artículo 10 de la CE”, y son aplicables actualmente en nuestro sistema procesal. Por consiguiente, deberá esclarecerse si la norma del Pacto impone una doble instancia penal generalizada, o se deja en manos del legislador nacional la configuración del recurso procedente.

El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 (CCPR/C/69/D/701/1996, caso Cesáreo Gómez Vázquez), por el que se estimaba una reclamación contra el Estado español, parece sostener que el artículo 14.5 del PIDCP exige una segunda instancia generalizada, una “revisión íntegra del fallo y la condena” (apartado

11.1), expresión que utiliza para describir el significado del “sometimiento a un tribunal superior” que establece el referido artículo 14.5. El Comité sigue diciendo que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (en el mismo sentido, se pronuncia el Comité en la comunicación CCPR/C/78/D/986/2001, caso de Joseph Se-mey, Dictamen de 30 de julio de 2003).

#### A) LOS PROCESOS PENALES DE INSTANCIA ÚNICA

El sistema español de recursos en el orden penal parte del principio de única instancia, estableciendo en el enjuiciamiento de los delitos más graves el recurso de casación como única vía de impugnación de las sentencias dictadas en estos procesos, mientras que se abre la apelación en los procesos por delitos menos graves, en los juicios de faltas y en los procesos de jurado.

Eso significa que en España existe un tratamiento diferente del derecho al recurso penal, porque en unos casos se permite una nueva cognición más o menos amplia (como la apelación) y en otros, precisamente cuando se trata de delitos más graves, sólo puede interponerse un recurso extraordinario (como la casación), por lo que la garantía procesal es inversamente proporcional a la gravedad de la pena. Debe hacerse notar que, a diferencia de lo que han hecho otros países, que han excepcionado la aplicación del artículo 14.5 del PIDCP a ciertas infracciones, España ratificó el Pacto de

Nueva York sin reserva ni declaración alguna, por lo que deberá atenerse a sus previsiones.

Pues bien, el órgano de interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha entendido que las exigencias del texto internacional no autorizan el sistema de recursos que el derecho español establece en el orden penal, y ha sostenido en el Dictamen de 7 de agosto de 2003 emitido en la comunicación CCPR/C/78/D/1007/2001 (apartado 7) que, como el Tribunal Supremo indicó explícitamente que no forma parte de sus funciones la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena, y no pudo revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia, ello equivalió a una violación del artículo 14, párrafo 5, al habersele denegado al autor la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio (caso Manuel Sineiro Fernández; en el mismo sentido, Dictamen de 1 de noviembre de 2004, CCPR/C/82/D/1101/2002, caso José María Alba Cabriada).

Argumentaba el Dictamen del caso Gómez Vázquez que resulta incontestable la posibilidad de preguntarse si el sometimiento a un tribunal superior implica revisión íntegra del fallo y la pena, o se habilita a los legisladores para optar por un tipo de recurso más o menos amplio en cuanto al conocimiento del tribunal, ya que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará “conforme a lo prescrito por la ley”, concluyendo que la obediencia al mandato del Pacto sólo se produce con una revisabilidad íntegra del fallo y de la pena.

Pues bien, en todo caso parece claro que el aludido precepto del texto internacional parte de un modelo procesal en el que habría de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de la posibilidad de impugnación en caso de sentencia absolutoria o condenatoria sólo parcialmente. Claro es que la referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (“la revisión del fallo y de la pena impuesta”) evidentemente no limita en el orden

interno de los Estados signatarios ni el derecho al recurso para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria.

## B) LA APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. LA CONDENA EN APELACIÓN O EN CASACIÓN

Precisamente la posibilidad de articular un recurso contra sentencias absolutorias por parte de las acusaciones, con el resultado de una condena por el tribunal superior, ha llevado a algunos a sostener que una interpretación literal del artículo 14.5 del PIDCP obligaría a arbitrar un nuevo recurso para quien resultara condenado por vez primera en segunda instancia o en casación, lo que resultaría, según ellos, un absurdo irresoluble.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU parte de esa necesidad, considerando que la condena dictada por el tribunal de segundo grado supone una violación del PIDCP, si no se articula una nueva impugnación contra esa decisión. Así en el Dictamen de 22 de julio de 2005 (CCPR/C/84/D/1095/2002, caso Bernardino Gomariz Valera), se sostenía que “la circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior” (apartado 7.1).

Esta doctrina se reitera en la Decisión de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1325/2004, caso Mario Conde Conde), en la que se observó que “el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de falsedad en documento mercantil, cargo del que había sido absuelto en primera instancia, y que recalificó el delito de apropiación indebida como delito continuado, por lo que se consideró que no procedía la prescripción del mismo. Con base a estas consideraciones, dicho tribunal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y aumentó la pena impuesta, sin posibilidad

de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados por un tribunal superior conforme a la ley. El Comité considera que los hechos que tiene ante sí constituyen una violación del párrafo 5 del artículo 14”.

Con toda claridad lo afirma también el Comité en el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1332/2004, caso Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares), cuando sostiene que el artículo 14.5 “no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso de los autores, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no ocurrió en el caso de los autores. El hecho de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior” (apartado 7.2).

Esta doctrina, y las consecuencias que derivan para los sistemas jurídicos del *civil law*, obliga a integrar lógicamente el artículo 14.5 del PIDCP en los ordenamientos nacionales de la Europa continental, en los que el sistema de recursos, garantizando la igualdad de las partes en el proceso, autorizan la impugnación de la sentencia por todas las partes, lo que implica no sólo que el condenado pueda recurrir, sino que el acusador pueda impugnar también la sentencia absolutoria.

A este respecto sostenía la STC 120/99 que “contra la previa absolución en primera instancia, ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión de condena que podría no tener fin”.

Es verdad que la STC 50/92 expresaba que la exclusión de recurso a quien fue condenado por vez primera en la apelación “absuelto antes en la instancia” no entraña vulneración de la presunción de inocencia, pero esa doctrina no resulta amparada por el órgano encargado de la interpretación del PIDCP. Esta doctrina fue

modificada por Sentencia 167/02 del Pleno del Tribunal Constitucional, y que ha sido reflejada posteriormente en otras sentencias del mismo Tribunal, como la 28/04, de 4 de marzo, en la que se prevé que “en efecto, la Sentencia 167/2002, que invocan los demandantes, revisó en sus fundamentos jurídicos 9, 10 y 11 la doctrina de este Tribunal relativa a la proyección de los principios de inmediación y contradicción sobre la segunda instancia en el proceso penal, en aquellos casos en que la Sentencia absolutoria dictada en la instancia es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria. Tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso *Ekbatani contra Suecia*, §§ 24 y 27—; 29 de octubre de 1991 —caso *Helmers contra Suecia*, §§ 31 y 32—; 8 de febrero de 2000 —caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*—; 27 de junio de 2000 [PROV 2000\178341] —caso *Constantinescu contra Rumanía*, § 53—; y 25 de julio de 2000 —caso *Tierce y otros contra San Marino*—) el Pleno del Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que «si bien no cabe afirmar que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre... el derecho a una audiencia pública en segunda instancia... sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas».

En este contexto, para salvar sus propios sistemas nacionales, algunos Estados europeos, como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, han planteado en sus respectivas ratificaciones al PIDCP unas Declaraciones y Reservas, que se refieren a la innecesariedad de que en todos los casos pueda interponerse un recurso por el hecho de que el acusado, habiendo sido absuelto por el tribunal inferior, sea condenado por primera vez por el tribunal de apelación.

Pero, como el propio Comité razona, España, al constituirse en parte del Pacto en el Protocolo Facultativo, ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el PIDCP y, de conformidad con el artículo 2 del mismo, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el mismo. La ratificación española no contuvo reserva ni declaración alguna, como se cuidaron de hacer los cinco países europeos antes referidos y, por lo tanto, España asumió en su integridad el Pacto y aceptó la jurisdicción y la competencia del Comité de Derechos Humanos para decidir sobre el cumplimiento en nuestro país de los preceptos de la disposición internacional, incluyendo lo dispuesto en el artículo 14, debiendo ahora estarse a ello.

### C) LA APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Similares problemas plantea la compatibilidad del artículo 14.5 con el sistema de aforamientos, por la imposibilidad orgánica de acudir a un tribunal superior en estos casos, justificada por la garantía que supone el aforamiento (STC 51/85).

España, como se ha dicho, no planteó reserva ni hizo declaración alguna en el momento de la ratificación del PIDCP, a pesar del rango constitucional de algunos de los aforamientos (diputados y senadores y miembros del Gobierno), lo que habría justificado sobrada-

mente una reserva, tal y como hicieron a este respecto algunos países de nuestro entorno con las oportunas Declaraciones y Reservas al Pacto, como ha sucedido con Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, que excepcionan la aplicación del precepto a los casos en los que el acusado sea sometido directamente a un Tribunal superior en un solo grado.

Pues bien, a este respecto también ha tenido ocasión de pronunciarse el Comité respecto de la situación española, concluyendo que con la vigente regulación se produce una vulneración del Pacto. Así lo ha decidido en la comunicación CCPR/C/82/D/1073/2002, en la que recayó el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 (caso Jesús Terrón), rechazando los argumentos del Estado español según los cuales “en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto”, y “que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que ésta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto”. Entiende el Comité que “si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal” y concluye, por tanto que se ha violado el artículo 14.5 del Pacto.

En el mismo sentido, en el Dictamen de 11 de julio de 2006, recaído en la comunicación CCPR/C/87/D/1211/2003 (caso Luis Oliveró Capellades), el Comité, aun cuando “toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto”, considera sin embargo, que “el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene 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”, y que se ha producido la violación del Pacto.

Claro es que si ha sido el propio acusado quien ha insistido en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo, eludiendo el enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Justicia, el Comité considera que ha renunciado a su derecho de apelar, como sostiene en el Dictamen de 25 de marzo de 2003, en la comunicación CCPR/C/77/D/1004/2001 (caso Luis Pascual Estevill).

## 6. LA RESPUESTA DE NUESTRO SISTEMA DE RECURSOS A LAS EXIGENCIAS DEL PIDCP

Como fácilmente puede apreciarse, las soluciones normativas españolas y la interpretación jurisprudencial de nuestros tribunales no se acomodan a las exigencias impuestas por el intérprete del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos.

El nuevo sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a otra instancia la aplicación de la norma jurídica, sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia, lo que evidentemente no permite el recurso de casación ni siquiera a través del motivo del artículo 949.2º LECRIM (error en la valoración de la prueba), si no es despojándolo de su auténtico sentido y adulterando su esencia.

Éste es el sentido de la garantía impugnatoria reforzada que para el condenado establece tanto el artículo 14.5 PIDCP como el artículo 2.1 del Protocolo adicional 7º al CEDH.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la casación es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del

Pacto, que no impone la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 60/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), independientemente de la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90, 160/93), que, además de no chocar frontalmente con nuestro modelo procesal penal, y de la posibilidad hoy en día de articularlo, superadas ya las dificultades de reproducción del juicio oral y la inexistencia de órganos intermedios entre las Audiencias Provinciales y el TS, satisface, y esto es lo más importante, en mayor medida las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado.

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo, a partir de la STC 42/82, que el mandato del artículo 14.5 del PIDCP “no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes”; por lo tanto, no sería admisible un recurso de apelación que se interpusiera exclusivamente al amparo de este precepto, si no viene establecido por las leyes procesales penales. Eso no quita para entender que el referido artículo 14.5 “obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que en consecuencia deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del proceso penal de nuestro ordenamiento”.

Por lo tanto, queda claro que constitucionalmente se garantiza como mínimo un segundo pronunciamiento, o el doble grado de jurisdicción; no obstante, de acuerdo con lo que se mantiene en la STC 76/82, el artículo 14.5 del PIDCP “no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades”.

Así las cosas, ese recurso “aplicable en todo caso”, que permitiría revisar “el fallo condenatorio y la pena impuesta” (art. 14.5 PIDCP),

habría de permitir la revisión con suficiente amplitud de la sentencia de primera instancia, incluida la posible revisión de los hechos en mayor o menor medida, por lo que la limitación de motivos para acceder a los recursos extraordinarios, como la casación, no sería suficiente para satisfacer las exigencias del Pacto.

En efecto, no parece aceptable que baste para cumplir las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP y, en el futuro, del Protocolo 7º del CEDH, un recurso como la casación española, a pesar del empeño y el esfuerzo desplegado por el Tribunal Constitucional en presentar una interpretación de nuestro sistema de recursos en el orden penal como en todo conforme con las exigencias de las normas internacionales. Por mucho que se empeñe nuestro Alto Tribunal, la casación española no permite satisfacer en todos los casos las garantías del derecho a recurrir ante un tribunal superior, porque no siempre puede cumplir con una función revisora y garante de los derechos del justiciable como exige el PIDCP.

La casación penal está concebida como un recurso extraordinario, de modo que se abre sólo por motivos tasados y su finalidad no es otra que la de controlar la aplicación del derecho a los hechos definitivamente preestablecidos en la instancia, de modo que sólo se autorizaba a impugnar en casación la sentencia con absoluto respeto a los hechos probados. Es verdad que en la reforma de la casación penal de 1949 se introdujo como motivo el “error de hecho en la apreciación de las pruebas” (art. 849.2º LECRIM), lo que supuso una ruptura radical con la finalidad propia del recurso de casación; sin embargo, tampoco esta vía permite revisar los hechos incondicionalmente, de modo que se pueda discutir con amplitud ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el fallo condenatorio y la pena impuesta.

Es verdad que el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU en un buen número de dictámenes desestima diversas comunicaciones partiendo de que el tribunal de casación había examinado con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el tribunal de instancia; que el Tribunal Supremo había

examinado la cuestión de la admisibilidad de las pruebas presentadas por el autor a la luz de los principios jurisprudenciales de pertinencia y relevancia; o que “el Tribunal Supremo se ocupó de las cuestiones de fondo en profundidad, examinó detalladamente el análisis que hizo de las pruebas la Audiencia Nacional, y explicó pormenorizadamente los motivos por los que consideraba que las pruebas contra el autor eran suficientes para darles mayor peso que a la presunción de inocencia”. En el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (comunicación 1305/2004, caso Víctor Villalón Ventura), si bien se dice que el Comité toma nota de que la decisión del Tribunal Supremo no permitió realizar una nueva valoración de la prueba, limitándose el Tribunal a revisar la valoración efectuada por el tribunal de instancia (párrafo 6.6), pero “Por otra parte, el Comité observa que del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó atentamente cada uno de los argumentos del autor, en particular el de que las declaraciones de sus familiares demostraban la imposibilidad de que los hechos se hubieran producido de la forma descrita en la sentencia. A este respecto el Tribunal consideró que el argumento de la defensa no tenía en cuenta la distinción que existe entre los criterios de credibilidad de los testigos y la prueba de indicios, concluyendo que en el caso se había respetado las reglas de lógica y experiencia en el sentido”.

Así las cosas, hasta que no se aborde la reforma de la LECRIM en este punto, resulta imprescindible obtener directamente de la CE y de su artículo 24, como dice el TC, todas las consecuencias posibles para interpretar la actual regulación en función del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es verdad que la actual situación normativa no ayuda mucho, porque el propio designio del legislador ha sido el de restringir el ámbito de la casación, como confiesa en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1988, reformadora de la casación penal, en la que se permite la inadmisión del recurso cuando “carezca manifiestamente de fundamento” y “cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo

otros recursos sustancialmente iguales” (art. 885.1º y 2º LECRIM).

En este sentido, y entre los criterios que, según la Sala Segunda del TS, deben inspirar la posible reforma de ese Alto Tribunal para potenciar su primordial función de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, se encuentra la generalización de la doble instancia en el orden penal, con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas actualmente en única instancia por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, del que conocerían los Tribunales Superiores de Justicia, en el primer caso, y un órgano creado “ad hoc” (Sala de Apelación) en el segundo caso.

Con todo, en el Auto de 14 de diciembre de 2001, el Tribunal Supremo ha rechazado el recurso interpuesto por el que fue demandante ante el Comité de Derechos Humanos, aduciendo que el PIDCP no obliga a los ordenamientos nacionales a establecer un recurso basado en la decisión del Comité, ni autoriza a fundar la nulidad por la vía de un recurso de casación, ni la creación de un motivo de revisión de sentencias firmes. Pero, además, la Sala agrega que, en el caso concreto, la apelación del procedimiento abreviado (art. 795 LECRIM) hubiera tenido el mismo alcance de la casación, pues no hubiera habido lugar a nueva prueba. Desde luego que el argumento es endeble, y no puede compartirse que el control del error en la apreciación de las pruebas encuentre una vía hábil de acceso al recurso de casación en la actualidad, ni siquiera desde el fundamento de la prohibición de la arbitrariedad, porque error y arbitrariedad no pueden considerarse como conceptos sinónimos o equivalentes, de modo que una cosa es habilitar en aplicación del artículo 9.3 de la Constitución que se ataje la arbitrariedad y otra distinta que se pueda revisar por un tribunal superior el error padecido en la apreciación de las pruebas.

## 7. LA REFORMA DE LA LOPJ POR LA LO 19/2003

No parece posible discutir a estas alturas que todas las disposiciones constitucionales, y mucho más aquellas que reconocen los derechos fundamentales, son normas de directa aplicación y, por tanto, vinculan a todos los poderes públicos sin necesidad de desarrollo ulterior alguno.

La definición constitucional de los derechos fundamentales comprende el precepto que reconoce cada uno de ellos, interpretados e integrados de la manera en que se establece en el artículo 10.2 de la CE: de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales suscritos por España.

Ahora bien, cuando la Constitución delinea algunos derechos fundamentales puede remitir expresa o tácitamente a la ley para configurarlos, de modo que sea una norma de este rango la que establezca algunos perfiles relevantes para su ejercicio, si bien respetando ese contenido esencial que en todo caso resulta contenido en la norma constitucional. De este modo, sentada la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, su ejercicio podrá ser regulado por medio de una ley orgánica; si bien esa norma de desarrollo deberá respetar siempre el contenido esencial de tales derechos (art. 53.1 CE), que resulta ya preconfigurado y definido en el propio texto constitucional.

A partir de estas premisas conviene analizar el alcance de las modificaciones introducidas en la LOPJ por la LO 19/2003, en lo que respecta a la atribución de competencias para el conocimiento de la apelación penal a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional para conocer los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de ese tribunal, en la medida en que pueden representar un hecho absolutamente determinante para el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El 15 de enero de 2004 entró en vigor una modificación de la LOPJ efectuada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que dio nueva redacción a más de cien artículos de la LOPJ. Esa reforma sigue las pautas marcadas por la propia jurisprudencia, y precisamente en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003 se dice que:

*“En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.*

El contenido de esta reforma trasciende con mucho su carácter de mera norma procesal, esencialmente porque se refiere a lo que debe considerarse la esencia de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva. Ni la doctrina ni la jurisprudencia pueden desconocer la trascendencia de la modificación legal, pues su aprobación significa nada menos que el legislador español ha entendido que hasta el presente en nuestro ordenamiento existía un déficit en las garantías de ese derecho fundamental, y por esa razón introduce la apelación penal en la LOPJ.

Por tanto, no se puede considerar como una simple mejora del procedimiento; ni siquiera como un cambio más o menos relevante en el modelo de proceso penal, dado que modifica una de sus tradicionales señas de identidad más importantes: se desecha el sistema de la instancia única en el caso del enjuiciamiento de delitos y se cambia por la implantación de la doble instancia, por más que para los delitos menos graves y para las faltas hace bastantes

años que en nuestro país se hubiera abierto el recurso de apelación.

Al afectar el derecho al recurso al contenido esencial de un derecho fundamental insuficientemente regulado y garantizado no puede dejarse al criterio del futuro legislador su desarrollo. La reforma de la LOPJ subsana un déficit de garantías, y eso significa que, hasta la entrada en funcionamiento del nuevo sistema de impugnación, el proceso penal español no está respetando el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta circunstancia no puede dejar indiferente a los órganos del poder judicial, llamados a aplicar la ley y a garantizar los derechos fundamentales; porque ha sido la ley la que ha venido a reconocer el aludido déficit en la salvaguarda de un derecho fundamental, de modo que las normas que determinan el contenido esencial del derecho deben ser de directa aplicación

Es verdad que la aprobación de la LO 19/2003 supuso avanzar en el diseño del proceso penal sin acompañarlo de las oportunas modificaciones en las leyes procesales para poder ejercitar adecuadamente los derechos. La solución solamente habría necesitado unas líneas, si lo que se pretendía era “salir del paso” y paliar los defectos del vigente proceso penal, como por ejemplo declarando que al nuevo recurso de apelación que se reconoce en la LOPJ contra las sentencias de instancia de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional les son de aplicación las disposiciones de alguno de los dos recursos de apelación contra sentencias que en la actualidad están previstos: contra las dictadas por el Juzgado de lo Penal en el procedimiento abreviado o, con alguna precisión, contra las sentencias dictadas en el juicio por jurado, del que conoce precisamente la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Así las cosas, el problema reside en valorar el hecho cierto de que el legislador español haya omitido regular el procedimiento para preparar, interponer y sustanciar el recurso, señalar los plazos para tramitarlo, establecer el cauce de oposición de la parte apelada, etc. En estas circunstancias, adoptando una posición

puramente formalista, cabría entender que, al no venir determinado el procedimiento del recurso de apelación, sería preciso esperar a una ulterior decisión legislativa para que el derecho al recurso sea efectivo, lo que convertiría entonces al derecho a la apelación de las sentencias de instancia única en el proceso penal en una suerte de “promesa” con una incierta exigencia de cumplimiento, que sólo se podría ejercer cuando en el futuro a las Cámaras se les ocurra regularlo, o puedan hacerlo.

La situación que ha estado vigente hasta el 15 de enero de 2004 no puede sostenerse. Ni siquiera con una apertura del recurso de casación a la revisión de los hechos, a partir de una inteligencia más laxa de la vía impugnativa del artículo 849.2º de la LECRIM, y actuando el propio Tribunal Supremo como tribunal de segunda instancia en atención a la especial protección que el derecho fundamental a los recursos en materia penal exige, permitiría resolver el problema, contando incluso con el gran esfuerzo que ese proceder haría recaer sobre la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo.

Esta solución, que en una ocasión anterior he alentado, se ha visto definitivamente superada por el designio del legislador que, al reconocer la carencia esencial de nuestro proceso penal en lo que hace a la garantía del derecho a la segunda instancia, e introducir las pertinentes modificaciones en la LOPJ, considero que ha dado un paso definitivo e irreversible, en la medida en que se trata de unas normas que conforman y dan vida al contenido esencial de un derecho fundamental. Esta circunstancia desdibuja cualquier intento de “empaquetar” el derecho a la apelación penal, de modo que sólo pueda ser abierto o usado en un momento ulterior, sometido a la decisión soberana del poder legislativo.

Por todo ello, no parece que quepan muchas dudas en lo que respecta a las sentencias penales que estén dictando en única instancia las Audiencias Provinciales, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, puesto que se trata de resoluciones que han recaído cuando ya está en vigor un sistema procesal en el que la segunda instancia penal se reconoce y

garantiza por la ley. Por consiguiente, la parte que hubiera visto desestimada total o parcialmente su pretensión —de absolución o de condena— tiene derecho a que se sustancie un recurso de apelación, de modo que un tribunal superior revise la totalidad de la sentencia dictada en instancia, y no puede ser compelida a aquietarse con el contenido de la sentencia o interponer un recurso de casación en el que la vía para el examen de los hechos es sumamente estrecha y, lo que es más importante, no garantiza de acuerdo con el criterio del propio legislador, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En resumen, la LOPJ ha creado un problema grave al reconocer el derecho a la apelación de las sentencias dictadas en un proceso penal en instancia única por las Audiencias Provinciales para ante la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y contra las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para ante la llamada Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Como significa el reconocimiento palmario de una carencia básica en las garantías procesales, que integran el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, la falta de aprobación de las normas que regulen el desarrollo y la sustanciación del recurso no pueden impedir el ejercicio del derecho a la apelación, ni entenderse como un derecho subordinado o condicionado a una posterior decisión del propio legislador, que todavía no llega y tiene visos de demorarse hasta la próxima legislatura.

## 8. LA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL. MÁS PROBLEMAS QUE SOLUCIONES

El Gobierno ha presentado en la legislatura que acaba de concluir (2004-2008) un proyecto de ley (Serie A nº 69) en el que se regula, entre otras cosas, el recurso de apelación penal, como venía exigido desde 2003; sin embargo, esta iniciativa legislativa ha decaído en su tra-

mitación por la disolución de las Cortes Generales.

Pues bien, el texto gubernamental proyectado, de acuerdo con lo previsto en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, pretende generalizar la segunda instancia en el proceso penal, abriendo un recurso de apelación contra todas las sentencias definitivas dictadas tanto por los Juzgados de lo Penal como por las Audiencias Provinciales (como también por el Juzgado Central y la Sala de la Audiencia Nacional), cualquiera que sea el tipo de procedimiento en que la resolución se dicte (ordinario o abreviado), dando nueva redacción a los arts. 790 a 792, e introduciendo un nuevo art. 846 bis. Por lo tanto, esta modificación normativa con una segunda instancia generalizada, como se diseñó en la LO 19/2003, legitima a todas las partes para la interposición del recurso, sin atender al contenido de la sentencia impugnada, permitiendo recurrir tanto contra las sentencias condenatorias como contra las absolutorias.

La regulación proyectada no resulta satisfactoria porque no responde en realidad a los problemas con los que se enfrenta el proceso penal español vigente, ni desde la perspectiva de la estructura y organización de los tribunales, ni, lo que es más importante, desde el punto de vista de las garantías que el proceso penal debe respetar en el Estado democrático de Derecho, pues ése es el referente de su propia legitimación.

Después de lo que con anterioridad se ha apuntado, resulta evidente que un proceso penal de instancia única, como el diseñado por nuestra LECRIM de 1882 en su originaria concepción, no satisface las garantías asumidas por nuestro país al ratificar el PIDCP, ni las previstas en el Protocolo nº 7 del CEDH. Es preciso sin duda articular un recurso contra las sentencias condenatorias penales, de modo que al condenado se le permita promover, ante un tribunal superior, un nuevo examen de la sentencia donde se le impone una sanción penal.

Pues bien, si éste es el objetivo que hay que cumplir, la generalización de la segunda ins-

tancia penal no puede ser la solución de los problemas derivados de la falta de revisabilidad de las sentencias condenatorias, sino que, muy al contrario, puede generar conflictos mucho mayores de los que pretende solventar.

### A) LA PRETENDIDA IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA IMPUGNACIÓN

La primera cuestión a la que habría que responder es la de si la apertura de un recurso contra las sentencias condenatorias exige inexorablemente que también las sentencias absolutorias puedan ser recurridas. Por lo general la solución a esta cuestión se plantea en términos afirmativos, invocando el respeto al principio de igualdad de armas y aludiendo al equilibrio o a la simetría de las posiciones de las partes en el proceso, de modo que se acepta de forma natural que, si se abre la segunda instancia contra las sentencias condenatorias, también debe abrirse un recurso para que las acusaciones puedan impugnar las sentencias absolutorias o contra las que no condenan por los delitos o a las penas que solicitó la parte actora.

Esta respuesta en clave de absoluta igualdad no puede asumirse en el proceso penal, porque no son idénticas las posiciones de las partes a lo largo de todo el procedimiento, ni la labor del juez según el sentido de su resolución.

Por una parte, la intervención de un órgano público, como el Ministerio Fiscal, que debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, ejerciendo sus funciones con sujeción al principio de imparcialidad (art. 124 CE), introduce relevantes particularidades en la fase de investigación de los delitos, pues no le afecta la declaración de secreto de las actuaciones (art. 302), o el juez debe atender su petición de diligencias para formular acusación (art. 780.2), y le sitúa en una posición diferente al resto de los acusadores en el momento de formular y de sostener las acusaciones.

Pero tampoco responde a un estricto sentido de la simetría la propia actuación judicial en el proceso penal, pues la sentencia, dependiendo de su sentido, habrá de justificarse o fundamentarse de manera distinta. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal, de tal manera que el ciudadano al que se le atribuye la comisión de un delito debe ser tratado como inocente a lo largo de todo el procedimiento y sólo puede ser condenado si el juzgador se convence de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, y motiva esta convicción en la sentencia. Por el contrario, la absolución procede en todos los demás casos, es decir, cuando por cualquier motivo no se ha alcanzado la convicción del juez acerca de la culpabilidad, de modo que la justificación en la sentencia absolutoria puede y debe reducirse a la expresión de la simple duda, sin necesidad de razonar sobre los diferentes elementos probatorios que se hubieren practicado (VIVES).

Sentado que el sistema penal asume que existen asimetrías tanto en su estructura como en la intervención de los distintos sujetos (en la mayoría de los ordenamientos el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal), nada obstaría para que en el régimen de recursos se establecieran también diferencias entre las distintas partes del proceso en la legitimación para impugnar.

### B) EL SENTIDO Y FINALIDAD DE LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL. LOS LÍMITES DEL TRIBUNAL "AD QUEM"

En todo caso, la premisa de la que debe partirse es el sentido y la finalidad de los recursos; es decir, el propósito que se persigue cuando se acepta en todos los ordenamientos jurídicos, con más o menos restricciones o salvedades, que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por un tribunal superior.

Está claro que las impugnaciones contra resoluciones judiciales se establecen intentando salir al paso de la falibilidad humana y corrigiendo los errores en que haya podido incurrir

el juez, de modo que se acabe con los defectos padecidos y la decisión del proceso sea estrictamente ajustada a la ley, respetando todas las garantías.

Pues bien, cuando se trata de impugnar la sentencia que ha puesto fin a la instancia, y que sólo puede haberse pronunciado por la condena del acusado cuando el juez haya obtenido la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, o por la absolución en todos los demás casos, cabría articular una impugnación amplia, sin sujeción a motivos previamente establecidos en la ley, que permita al tribunal superior examinar todo lo que se ha actuado hasta entonces, abriendo una segunda instancia. En tal caso, el tribunal de apelación podría controlar toda la actividad procesal desarrollada ante el tribunal inferior, así como pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia, revisando en toda su integridad la sentencia dictada, lo que comprendería no sólo la interpretación y aplicación del Derecho sino que se podría extender también a las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Nuestro sistema jurídico tradicionalmente ha desechado en todos los órdenes la llamada apelación plena, es decir, la repetición del juicio ante el órgano de la segunda instancia, sin que cupiera alzarse contra la sentencia perjudicial sin más causa que el gravamen padecido por el recurrente. Ahora bien, el tratamiento del recurso de apelación como un medio de gravamen y su naturaleza de recurso ordinario no autorizaba a que se establecieran motivos concretos para sustentar el recurso, e incluso permitía al recurrente que no expresara en el momento inicial en que se interponía las razones del mismo ni el alcance de la sentencia que se solicitaba al tribunal superior. De este modo, en unas pocas líneas el apelante se limitaba a afirmar que la sentencia le era perjudicial y que la apelaba, y no tenía que fundamentar su recurso hasta el momento de la vista ante el órgano de la apelación, exponiendo entonces las razones por las que la sentencia de instancia debía ser anulada o revocada.

Modificaciones normativas producidas a finales del siglo XX introdujeron en las leyes procesales las grandes categorías de cuestiones por las que se podía plantear el recurso de apelación, estableciendo diferentes grupos y exigiendo una concreta formulación en la ley, y reclamando al propio tiempo la necesidad de fundamentar el recurso desde el momento mismo de la interposición.

Como desde siempre el recurso de apelación ha funcionado como recurso de nulidad, y el tribunal de segundo grado tiene la competencia para controlar y depurar los vicios que se pudieran haber padecido en la primera instancia, el primero de los grandes capítulos de la apelación ha sido la denuncia de los defectos de procedimiento que implican merma de garantías.

Aunque se comprende en las infracciones procesales, el segundo de los apartados en que se pueden concretar las denuncias contra la decisión de primera instancia hace referencia al momento de la decisión, a la formación y expresión de la sentencia, esencialmente en lo que hace a la motivación.

Tradicionalmente se ha podido impugnar siempre la interpretación y aplicación del derecho material que el juez *a quo* plasma en la sentencia, es decir, si se produce una infracción de la ley sustantiva por inaplicación, interpretación errónea o indebida aplicación de un precepto de naturaleza penal.

Junto con estos tres primeros grupos, el caballo de batalla en relación con la impugnación de las resoluciones judiciales ha estado en el control y la revisión de los hechos; es decir, si el tribunal superior tiene facultad para establecer el elemento fáctico de la sentencia de modo contrario o diferente a como lo hizo el de instancia, lo que le permitiría una valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso en sentido distinto a la realizada por el juez *a quo*.

## 9. LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES

Como se ha dicho, el recurso de apelación, por mucha amplitud que se le haya querido conceder, ha estado siempre sometido en nuestra tradición jurídica a la alegación de un motivo concreto por el que el apelante solicita del órgano *ad quem* la anulación o la revocación de la resolución apelada. Estos motivos pueden agruparse de distinta manera; es sobradamente conocida la vieja formulación del recurso de casación, que distinguía entre vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*, equivalentes a los errores en el procedimiento y los que pueden cometerse en la decisión; pero, habida cuenta de los diferentes modos de razonar en el recurso y de las consecuencias que deparan en el órgano que debe resolver, se ha preferido diferenciar en razón del control que el tribunal de apelación está llamado a realizar, del contenido de la resolución que estimara el recurso y de la legitimación para interponerlo.

### A) EL CONTROL DE LOS DEFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO Y EN LAS GARANTÍAS PROCESALES

Es preciso tener en cuenta que la actividad judicial es formalizada, que se rige por el principio de legalidad, de modo que el juez y las partes habrán de sujetarse a las normas de procedimiento que las leyes hayan establecido, desde el primer momento de las alegaciones de las partes a la sentencia, pues precisamente la fijación de los distintos trámites procesales incorporan garantías, que operan como un elemento primordial de legitimación de la función judicial. A diferencia de lo que sucede con otros modos de solución de conflictos, que carecen de normas rígidas y previas que regulen la actuación de los sujetos que intervienen, pues en ellos se impone la libertad de configurar el procedimiento, la decisión de los tribunales de justicia en el derecho continental europeo responde a una previsión normativa

que va marcando en cada momento lo que pueden o deben hacer los sujetos procesales.

Por lo tanto, el principio de legalidad en la actuación procesal tiene como lógica consecuencia que la infracción de estas normas debe ser corregida, bien durante la instancia en que el defecto se comete, si fuera posible, o bien al final de la misma. En este último caso, es evidente que el recurso habrá de comprender la denuncia de los vicios del procedimiento, cometidos por el juez o por las partes, y que no hayan sido oportunamente subsanados.

Es evidente que el estricto cumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento, en la medida en que todas ellas incorporan garantías para la adecuada resolución del litigio, representa un elemento primordial en la actividad judicial, y el quebrantamiento de estas normas del procedimiento se podrá sin duda denunciar y podrá ser examinado por el tribunal *ad quem*.

Ahora bien, no todas las disposiciones que regulan el procedimiento tienen la misma virtualidad, esencialmente porque no todas tienen la misma trascendencia como normas de garantía, lo que permite diferenciar según la disposición infringida, anudando a cada una de ellas consecuencias diferentes.

La LOPJ se refiere a las nulidades de pleno derecho (art. 238), que se produce cuando los actos se han realizado con falta de jurisdicción o competencia, o bajo violencia o intimidación, o se vulneren alguna otra de las formalidades que la propia LOPJ o las leyes procesales consideren esenciales y, entre ellas, cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Pero también son nulos los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión (art. 240.1 LOPJ).

Ambos quebrantamientos se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). Esto significa, de

un lado, que han de tener cabida en el régimen de recursos las impugnaciones que denuncien los defectos de procedimiento, se trate de nulidad de pleno derecho o de otros vicios que hagan irreconocible el acto procesal tal y como ha sido realizado o produzca indefensión; de otro lado supone que, salvo los casos de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o de violencia o intimidación al mismo órgano que resuelve (art. 240.2 LOPJ), esos defectos no pueden ser apreciados ni reparados en vía de recurso salvo que el recurrente los hubiera denunciado, de modo que el tribunal superior sólo puede actuar dentro de los límites de la impugnación.

Uno de los puntos más relevantes es determinar los efectos que habrá de producir la estimación de esta impugnación, que como regla general será el reenvío al órgano *a quo*. Como se trata en este apartado de infracciones producidas durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia, si se considera que ha existido una nulidad de pleno derecho o se ha producido indefensión, eso significaría que se habría llegado a la resolución de la instancia con un defecto que debe repararse, declarando la nulidad del acto viciado y de todo aquello que sea consecuencia de él (art. 243 LOPJ).

Así pues, la estimación del recurso debe llevar aparejada la remisión de las actuaciones al órgano competente, si éste fuera distinto del que dictó la resolución recurrida, o la reposición del procedimiento al momento en que la falta se cometió, aunque de ese modo pudiera padecer la celeridad del procedimiento, con la remisión de las actuaciones al órgano inferior para que termine sustanciándose el procedimiento con arreglo a derecho, debiéndose subsanar en la instancia el acto o actos nulos, o eliminar la actuación insubsanable ante el tribunal *a quo*. No es posible atribuir al tribunal de apelación la facultad de subsanar los defectos que lo admitan, o de excluir el acto que no sea susceptible de subsanación, y de resolver en consecuencia, salvo que se trate de la falta de jurisdicción o de competencia, en cuyo caso se archivará el procedimiento o se remitirán las actuaciones al órgano competente.

Mayores problemas podría suscitar la nulidad de un acto procesal cuya eliminación del proceso pudiera llevar aparejada directamente el dictado de una sentencia absolutoria, como sucedería si, v. gr., se estima que la jurisdicción española no fuera competente para el enjuiciamiento de la conducta de que se trate, o se declara la ilicitud del único medio probatorio de cargo que se hubiera practicado en el juicio. En esos casos cabría sostener que fuera el tribunal de apelación el que en la misma sentencia decidiese, en aplicación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o, más genéricamente, del principio de economía procesal, poniendo fin a toda actuación procesal.

Es evidente que en algunos casos, para declarar la nulidad de un acto y ordenar la reposición de las actuaciones, el tribunal *ad quem* no sólo habrá entrado a examinar el acto singular cuya nulidad se ha denunciado, sino también su trascendencia para el conjunto del proceso y de la decisión, porque sólo entonces podría estar en disposición de pronunciarse sobre el fondo. Esta extensión de las facultades del órgano de apelación en el caso de apreciar una nulidad del procedimiento no parece la mejor solución al problema, pero como el reenvío implica una demora en la finalización del proceso, cuando se trate de supuestos claros no será necesario mantener la facultad del tribunal de la primera instancia para resolver el proceso o, dicho en otros términos, en tales casos se deberá atribuir al tribunal de apelación la decisión sobre el fondo, precisamente cuando se trata de una decisión de absolución.

En conclusión, el control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales debe hacerse a través del recurso de apelación, si es que no se hubieran subsanado o declarado en la instancia. Por lo tanto, como ordena la LOPJ, si las partes no interponen el recurso denunciando tales vicios de nulidad quedarán éstos convalidados sin posibilidad de evidenciarlos ulteriormente, salvo en dos casos: por un lado, que el tribunal de apelación apreciara de oficio la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 240.2 LOPJ, precepto que se refiere también al supuesto,

ajeno al que aquí se plantea, de que el acto se hubiese producido con violencia o intimidación que afectare a ese tribunal); por otro lado, que la nulidad tuviera cabida en alguna de las causas de revisión previstas en la ley procesal.

## B) EL CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Tradicionalmente se ha venido diferenciando en las impugnaciones entre las infracciones en el procedimiento, los llamados vicios *in procedendo*, y los defectos en la decisión de fondo, los vicios *in iudicando*, que equivalen a la tradicional formulación de las leyes españolas referidas a los recursos de casación, por quebrantamiento de forma o por infracción de la ley.

Originariamente se pretendió impedir que con la aplicación de las normas los jueces se pudieran convertir en legisladores, de modo que se articuló un recurso por *contravention expresse au texte de la loi*. La correcta interpretación y aplicación de las leyes, que obviamente deben realizar todos los tribunales, es materia que permite y exige la revisión por un tribunal superior, hasta llegar al que tiene como esencial cometido lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley y, en definitiva, preservar la unidad del ordenamiento jurídico: el tribunal de casación.

Así pues, cuando se trata de controlar esta actividad interpretativa y de aplicación del derecho, el órgano superior se limita a tomar como los dos puntos de la comparación la norma aplicada, de un lado, y su adecuación a los hechos, de otro, dando por válidos e intangibles todos los demás elementos de la sentencia; es decir, lo que se denuncia y sobre lo que se decide es acerca de un error en la aplicación o interpretación de la norma, sin alterar en lo más mínimo la base fáctica de la sentencia, puesto que en todo caso se habrían de respetar los hechos declarados probados por la resolución de instancia.

Por lo tanto, con este motivo de impugnación no se enjuicia en realidad sobre las pre-

tensiones de las partes (aunque muchas veces el tribunal superior tienda a practicar la justicia del caso concreto), sino sobre el error padecido por el tribunal *a quo*, de acuerdo con lo que se denuncia en el recurso, sin posibilidad de introducir hechos nuevos ni de modificar aquellos que vienen sentados por el inferior; el tribunal *ad quem* ha de partir de la alegación de que se ha aplicado indebidamente la norma jurídica, o que se ha dejado de aplicar la norma oportuna, ya sea en su modalidad de aplicación errónea o en la inobservancia del precepto cuyo error se denuncia.

Desde luego la infracción debe ir referida a un precepto de Derecho penal material, de los que determinan las acciones u omisiones que constituyen delito, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, o la punibilidad, de modo que no se comprenden en esta impugnación los errores o infracciones de normas procesales, que habrán de encontrar acomodo, por su naturaleza y por sus efectos, en otros de los apartados de los posibles grupos de defectos que cabe denunciar en apelación.

En lo que se refiere a los efectos que debe producir la estimación por el tribunal superior de una infracción de esta naturaleza puede sostenerse tanto que el órgano *ad quem* dicte sentencia de fondo, de acuerdo con la interpretación o la aplicación de la ley penal que considera adecuada, como que se acuerde el reenvío para que, respetando la decisión del superior, el tribunal de la instancia sea quien dicte la oportuna sentencia. Puede parecer que la primera solución contraviene las exigencias de las normas internacionales, porque si se acogiera la impugnación de la parte acusadora sería en segunda instancia cuando por primera vez se dictara una sentencia condenatoria que no podría ser entonces revisada, pero en realidad esta objeción decae no sólo porque se trata de la simple aplicación de criterios jurídicos, sin modificar los hechos, con lo cual todavía sería posible acudir a la casación para fijar el criterio jurisprudencial en la inteligencia de la ley penal, sino sobre todo porque la exigencia internacional no deriva del Protocolo nº 7 del CEDH, sino del PIDCP, al que España

debiera plantear las oportunas reservas si no se modifica el rígido criterio del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

### C) EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la impugnación de las sentencias se concreta en la posibilidad de controlar su motivación, pues en la medida en que a través de ella se expresa el fundamento de la decisión del juez y se justifica el relato de los hechos que éste considera probados, la motivación integra el derecho a la tutela judicial efectiva.

La motivación de la sentencia puede ser analizada desde dos perspectivas bien diferentes: de un lado, analizando desde luego que la sentencia contenga motivación de la decisión y que, además, se cumplen los requisitos de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia de esa motivación; de otro lado, examinando si, con independencia de todo ello, el juzgador en ese momento procesal ha podido incurrir en un error que invalide la motivación y, por lo tanto, la decisión.

No parece necesario extenderse mucho en la explicación de los tradicionales requisitos de la motivación, dando por reproducidas las acertadas consideraciones de COLOMER HERNÁNDEZ a este propósito, de modo que el tribunal *ad quem*, dentro de los límites de la impugnación, podrá examinar el contenido de la sentencia de instancia y establecer si se cumplen las exigencias de la motivación y se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva.

### D) EL CONTROL SOBRE LOS ERRORES DE HECHO

En el mismo orden de cosas debe analizarse la impugnación sobre los errores cometidos en la sentencia que, aun no implicando un defecto o una insuficiencia de la motivación, representan una equivocada apreciación de la prueba que puede invalidar la decisión. Es claro que de este modo se está reviviendo el viejo motivo de casación del “error de hecho en la

apreciación de la prueba”, que tantos problemas generó en su momento y que sin duda, de no haber existido un desliz de traducción al regular el recurso de casación civil, habría tenido menor discusión jurisprudencial y doctrinal; pues el recurso de casación se abrió en nuestra ley por error de hecho derivado de “documento o acto auténtico” que demostrara la equivocación evidente del juzgador, cuando en la norma francesa se hacía referencia a *documents ou actes authentiques*, es decir, a documentos o actas auténticas. Sea como fuere, es evidente que aquí se está haciendo referencia a unos errores que deben conducir a la anulación de la sentencia dictada en instancia.

Por lo tanto, si se logra una adecuada formulación normativa, y se aplica debidamente la norma por los tribunales, cuando el juez estableciera el supuesto de hecho de la sentencia partiendo de elementos probatorios erróneos, la resolución debe anularse con reenvío al tribunal a quo para que, apreciando la prueba de acuerdo con lo sucedido realmente, dicte una nueva sentencia.

Si la sentencia afirma un hecho basándose en la declaración de un testigo que en realidad no fue preguntado por esa cuestión, o rechaza el testimonio de otro por haber incurrido en contradicción cuando declaró exclusivamente sobre un solo aspecto concreto, u omite toda referencia al valor de un acta notarial de constancia que no ha sido discutida por ninguna de las partes..., la resolución no puede mantenerse en los términos en que fue dictada. Como se ve, se trata exclusivamente de impugnaciones con un sentido negativo, de exclusión de aquellos elementos de prueba que fueron o no tenidos en cuenta erróneamente por el juzgador, por lo que el tribunal *ad quem* debiera limitarse a este pronunciamiento.

Estaríamos ante equivocaciones en la percepción o en la apreciación material de elementos probatorios, esto es, en el contenido de la prueba, porque el juez haya tomado como acontecido aquello que no se produjo; por lo tanto, no cabe impugnar a través de este motivo los errores que se hubieran podido padecer en la valoración de los medios de prueba,

que responden a otros presupuestos que luego se analizan. Este motivo de impugnación solamente pretendería suprimir de la sentencia aquellos elementos que de un modo evidente, grosero e incontestable, revelan error en el juzgador porque la decisión judicial ha partido de unos medios de prueba que no se corresponden con la realidad.

Los errores en la apreciación de la prueba, a los que se está haciendo referencia, han de derivar de los términos de la propia sentencia, sea porque en ella se contenga la falsa apreciación del resultado de un concreto medio probatorio, sea porque se aluda en la sentencia a que no se practicó prueba alguna sobre un determinado hecho, siendo así que en el juicio se hubieran introducido elementos de prueba válidos para acreditarlo, resultando pues evidenciados con la simple comparación de la sentencia con el documento o el acta.

En todo caso, la estimación de este motivo de impugnación, sea por defectos en la fundamentación de la sentencia, sea por error en la apreciación de la prueba, habrá de tener como lógica consecuencia el reenvío al tribunal *a quo*, para que éste dicte una nueva resolución tomando en consideración los argumentos de la sentencia de apelación. No parece posible que el tribunal *ad quem* llegue a sustituir el criterio del inferior, dictando la sentencia definitiva de acuerdo con su propia doctrina, sino que será el órgano de instancia, que formuló la sentencia anulada y presenció la totalidad de la prueba, quien deberá dictar la resolución que considere más adecuada, con plenitud de jurisdicción, y sin posibilidad de repetir el juicio.

Por último, el error en la apreciación de prueba que pretenda sustentar el recurso debe ser trascendente; lo que significa que, si fuera apreciado, podría acarrear la modificación del sentido de la sentencia; por consiguiente, un error que con toda evidencia haya de mantener en sus propios términos el fallo, que se refiera a cuestiones accesorias o irrelevantes para la condena o absolución, o para la cuantificación de la pena, no autorizará la anulación de la sentencia recurrida.

Como es evidente, encomendar la decisión sobre este punto al tribunal de apelación le exige analizar no sólo la existencia del defecto de motivación, o del error en la apreciación de la prueba, sino también la relevancia que estos defectos tengan en la decisión final del proceso; sin embargo, un elemental principio de conservación de los actos y de economía procesal no permite la anulación de resoluciones judiciales, con la consiguiente reposición de las actuaciones al momento de la sentencia, por simples defectos que carezcan de la relevancia suficiente como para llegar a modificar el sentido de la decisión.

Es cierto que este motivo de impugnación no fue bien entendido históricamente, y ha servido como vía para intentar llevar a la consideración del órgano judicial superior el reexamen de los hechos probados y la valoración que el juez *a quo* hizo de los distintos medios de prueba. Esta desviación no puede volver a repetirse pues, como se ha dicho antes, no cabe pretender por esta vía que el tribunal superior revise la valoración de la prueba que hizo el órgano de instancia, sino de analizar la existencia de errores objetivos de apreciación de lo realmente acontecido en la ejecución de la actividad probatoria, habida cuenta de que la ley procesal penal no establece medios de prueba de valoración tasada, porque en tal caso ese defecto se hubiera podido denunciar como una infracción de normas procesales.

## E) EL CONTROL SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El principio de libre valoración de la prueba penal inspiró desde un primer momento la ruptura con el proceso inquisitivo del Antiguo Régimen, pues con la importación a la Francia revolucionaria del jurado inglés, y la intervención de ciudadanos legos en derecho para decidir sobre los hechos en el proceso acusatorio formal, era obligado suprimir la vigencia de las interminables reglas legales de valoración probatoria.

Por lo tanto, el convencimiento del juzgador, sea de los jurados o del tribunal de magis-

trados, debía obtenerse libremente, ponderando “según su conciencia” (art. 741 LECRIM) las pruebas practicadas en el juicio. La ausencia de normas que impusieran el valor que haya de darse a cada uno de los medios probatorios practicados, no eximía de la necesidad de motivar las resoluciones, expresando las fuentes de la convicción judicial y el razonamiento seguido para llegar a la condena, o bien que no se había logrado alcanzar la convicción más allá de toda duda razonable para llegar a una sentencia absolutoria.

Fuera de la estricta motivación de la sentencia, que ha debido seguir los parámetros de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia ya enunciados, el control de la valoración por parte de un órgano superior resulta una tarea de difícil articulación; las decisiones de los jurados acerca de la culpabilidad o la inocencia, el crédito que haya alcanzado un testigo en el ánimo del juez, o la duda que ha generado en el tribunal el perito con dificultades de expresión oral, son factores cuyo control por un tribunal superior resulta tarea poco menos que imposible o, dicho en otros términos, el acierto del tribunal *ad quem* es un empeño que se aleja de la realidad, pues la apreciación del medio de prueba por el mismo que decide no sólo otorga un crédito excepcional a la valoración del medio de prueba, sino que incorpora una garantía esencial del procedimiento.

Ahora bien, todo ello no quita para que se puedan producir errores o deficiencias en la valoración de la prueba, es decir, equivocaciones del juzgador en el crédito y en la relevancia que otorgue en la sentencia a un concreto medio probatorio. Precisamente aquí, más que en ningún otro momento del procedimiento, puede acudirse al argumento de la falibilidad y permitir, al menos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, que se pueda revisar la valoración de la prueba ante decisiones sostenidas en pruebas poco fiables.

Es cierto que este tipo de recurso se enfrenta con el problema esencial de que así se reconoce la facultad del órgano *ad quem* para corregir la valoración de las diferentes pruebas

realizada por el inferior, permitiéndole dispensar un diferente crédito a los elementos que sirven para formar convicción de condena o de absolución; de este modo, el tribunal superior podría dar más importancia a la prueba que había sido despreciada por el juzgador de instancia, o negar el rotundo crédito que el juez le hubiera concedido a un medio probatorio.

La primera aproximación a esta cuestión ha de ser de rechazo, salvo que se repita el juicio, solución que abocaría a considerar irrelevante la primera instancia y centrar todos los esfuerzos en el segundo juicio. En efecto, si el tribunal (y, sobre todo, el jurado) han de formar su convicción de las pruebas practicadas en el juicio, es decir, de lo que en primera persona han podido apreciar, y sólo con ese material pueden decidir, no tiene sentido un recurso que pueda revisar el valor que se le ha dado a cada medio de prueba. Como es evidente, si la resolución se ha dictado a base de un veredicto, la revisabilidad por un juez haría perder autoridad y contenido al propio jurado popular, y si la revisión se insta de otro jurado sería necesario repetir el juicio. Pero el rechazo a la posibilidad de revisar la valoración de la prueba y, por lo tanto, de modificar los hechos probados, viene sobre todo de la falta de garantías de acierto en las decisiones posteriores, sean de apelación o de casación, cuando los jueces se hallan cada vez más alejados de la práctica del medio probatorio que quieren valorar de un modo distinto del juez ante quien se practicó. Así pues, la garantía procesal de la inmediatección, que preserva un mayor acierto en el fallo o, al menos, en la valoración de la prueba por el juzgador, se vería seriamente despreciada o amenazada, de admitirse un recurso de apelación con esta finalidad.

Sin embargo, esta aproximación no puede hacernos olvidar que en determinados casos, o determinadas pruebas, permiten al órgano judicial *ad quem* colocarse en idéntica posición que el juzgador de instancia. Así ocurre con la prueba documental o con el dictamen pericial cuando no se ha llamado al perito a ratificarse en el juicio; en ambos casos el tribunal de apelación puede valorar libremente, con

un criterio distinto del inferior, considerando que el contenido del escrito es o no vejatorio o injurioso, en idéntica posición respecto de la prueba que tuvo el juez *a quo*.

Precisamente ésta parece ser la conclusión a que ha llegado el Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a unos supuestos de valoración de pruebas por un tribunal de segundo grado. En la STC 170/05, de 20 de junio, se establece que

*“este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de intermediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, F. 5; 230/2002, de 9 de diciembre, F. 8; 119/2005, de 9 de mayo, F. 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, F. 3; 80/2003, de 10 de marzo, F. 1). Y desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, F. 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia, precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia), ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos». Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/05, de 9 de mayo, FF. 3, 4 y 5, y 119/05, de 9 de mayo, F. 3”.*

Pero algo bien diferente sucede con las llamadas pruebas personales, es decir, aquellas que consisten en la manifestación oral de una persona ante el tribunal, trasladando una declaración de conocimiento sobre los hechos, o un criterio científico, artístico o técnico sobre

el dictamen que hubiera presentado el perito; sólo la apreciación inmediata, directa y completa por el juez que debe formarse su propia convicción en el acto del juicio, sin interposición de imágenes o de voces grabadas, o de referencias escritas, es respetuosa con la garantía procesal en la valoración de la prueba, pues la grabación sólo sirve para poner de manifiesto errores de percepción, no de valoración.

En este sentido se pronuncia la STS núm. 879/05 (Sala de lo penal), de 4 de julio, cuando afirma que “en el ámbito de la segunda instancia —cuando existe— las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e intermediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia”.

Esta consideración no es contradictoria con la celebración de una prueba por videoconferencia durante el juicio oral, no sólo porque el juez puede intervenir en la práctica de la prueba, ordenando incluso diferentes enfoques de la cámara o reclamando lo que precise para satisfacer el mejor contacto con la persona que declara, sino porque podrá pedir directamente aclaraciones y mantener la comunicación directa con el declarante, aunque se encuentre lejos y, por último, el juez estará en condiciones de ponderar este medio probatorio en el marco del arsenal de prueba practicado en el juicio para intentar lograr su convicción.

En cualquier caso, según ya se ha dicho, la sentencia penal no opera en un contexto de igual, de equilibrio o de simetría, pues el juez sólo puede dictar una sentencia de condena cuando haya obtenido la convicción sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, a base de pruebas de cargo válidamente celebradas, debiendo en todos los de-

más casos dictar una sentencia de absolución. Por eso con buen criterio ha exigido el Tribunal Constitucional, en el marco del respeto de las garantías del proceso penal, que las sentencias de condena se fundamenten en una actividad probatoria que el tribunal haya examinado directa y personalmente en debate público y con contradicción (SSTC, entre otras, 167/02, 202, 203, y 208/05).

Esta exigencia constitucional se ha pretendido paliar o sustituir (en concreto a través de la modificación de la LECRIM en el proyecto de ley Serie A nº 69, presentado el 26 de diciembre de 2005, que ha decaído con la disolución de las Cortes Generales) con la previsión de la grabación de todos los juicios orales. Sin embargo, documentar la práctica de pruebas personales a través de medios de grabación y reproducción, que es la opción por la que se decantaba el Proyecto del Gobierno, no soluciona el problema de la falta de intermediación en el tribunal de apelación, ni autoriza, por tanto, en esta ulterior instancia a revocar lo decidido por el juez *a quo* y dictar una sentencia condenatoria. Como bien se sostenía en el auto del TS de 16 de febrero de 2004, “ni siquiera la grabación videográfica del juicio de instancia sería suficiente, porque son imágenes del pasado que sólo permiten conocer el escenario, pero no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas, por lo que es suficiente con una dirección y análisis de la adecuación del criterio de la Sala a las pautas exigidas por la lógica y la experiencia”.

Con independencia de que la fórmula se extienda no sólo a los recursos interpuestos por el condenado, que pretendan su absolución o la imposición de una pena inferior a base de una valoración diferente de la prueba de carácter personal, sino que pretenda comprender también las impugnaciones de las sentencias absolutorias, lo cierto es que la visión y la escucha de la grabación no proporciona la misma impresión que la realidad objeto de la grabación, y se corre el riesgo cierto de que se saquen de contexto pasajes de la prueba (no es lo mismo ver la luna que estar en la luna). En

definitiva, la reproducción de la grabación de un juicio no satisface la intermediación.

En todo caso, la preservación de la garantía constitucional de la intermediación viene exigida cuando se pretende que el tribunal *ad quem*, modificando la valoración de la prueba del inferior, dicte una sentencia de condena, por lo que, en principio, nada se dice cuando es el condenado quien pretende la revisión a su favor de la valoración probatoria de instancia para obtener una sentencia de absolución.

Es claro que si la apelación se plantea por la acusación contra una sentencia absolutoria, y el motivo de la impugnación se refiere a cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución, resulta necesario celebrar una vista pública en la segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Pero también es claro que cuando sea el condenado quien recurra pretendiendo que se haga una distinta valoración del crédito y de la relevancia en la determinación de los hechos probados de las llamadas pruebas personales, deberá celebrarse una vista pública para que el tribunal de apelación llegue a resolver con intermediación. Así puede leerse en la STS núm. 153/04 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre, que

*“cuando los jueces a quibus han formado esencialmente su convicción en base a pruebas de naturaleza personal como son los testimonios de los acusadores y las manifestaciones de los acusados que han sido valoradas con la insustituible ventaja de la intermediación y la contradicción con que se practicaron a presencia de los miembros del Tribunal, de suerte que el juicio de credibilidad obtenido por éstos no puede ser revisado en casación por quienes no hemos gozado de esos beneficios de intermediación y contradicción que son factores determinantes para la valoración de esas pruebas, y, así, únicamente podrá ser revisado el resultado valorativo a que llegó el Tribunal a quo cuando ese resultado se evidencia contrario a las reglas de la lógica y opuesto al racional discurrir, atendido el contenido de los elementos probatorios objeto de valoración o estos elementos probatorios permitan otra*

*alternativa valorativa igualmente racional y lógica sin que el Tribunal haya argumentado jurídicamente su rechazo.*

*A este respecto —como recuerda la STS de 25 de febrero de 2003— cabe subrayar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumanía—, que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración”.*

La perspectiva de tener que celebrar una nueva vista ante el tribunal de apelación cuando se impugne la valoración de pruebas personales plantea serios inconvenientes para la implantación de esta solución; porque, en efecto, para preservar la garantía de la inmediación esa vista de apelación habrá de ser completa. No puede bastar con la repetición de la declaración del testigo cuya veracidad se cuestiona, o con la declaración del acusado al que se argumenta que el juez *a quo* ha dado credibilidad indebidamente. En la vista de apelación habrán de practicarse todos los medios probatorios que, indicados por las partes en el recurso, puedan situar al juzgador de segundo grado en una posición diferente de la que tuvo en la primera instancia (esencialmente, medios de prueba personales) o, cuando menos, se habrán de traer ante el tribunal *ad quem* todos los elementos probatorios que, propuestos por las partes, hayan incidido o puedan incidir en el hecho impugnado.

Como antes se señaló, la STC 167/02 la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen de la declaración de culpabilidad del acusado por el Tribunal de apelación exige una nueva y total audiencia en

presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas

## 10. UN RECURSO DE APELACIÓN LIMITADO EN EL ORDEN PENAL. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE INSTANCIA

Probablemente la extensión del recurso de apelación y la apertura de la segunda instancia a todos los procesos penales por delito, conforme se dispone en la LO 19/2003 y en el texto gubernamental proyectado (ahora decaído), intente dar satisfacción al principio de igualdad de las partes, permitiendo tanto a la defensa impugnar las sentencias condenatorias como a la acusación alzarse contra las sentencias absolutorias o de condena a pena menor de la pedida. Sin embargo, como se ha venido exponiendo, esta generalización de la segunda instancia penal, no es la solución preferible para atender al cumplimiento de todas las garantías procesales.

Parece evidente que debe instaurarse con urgencia un recurso de apelación limitado, es decir, que establezca motivos de impugnación y que llegue a restringir las facultades cognitivas del órgano de apelación.

Pueden y deben atribuirse al superior las facultades para controlar y revisar, de acuerdo con el sentido y alcance del recurso, los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales que se hubieran podido cometer en la instancia, así como la motivación de la sentencia, incluyendo los errores de hecho en la apreciación de la prueba, y en estos casos el tribunal de apelación ordenará el reenvío de las actuaciones al juez *a quo* cuando considere que se ha producido la infracción denunciada. También debe atribuirse al órgano de la apelación el control y revisión de la interpretación y aplicación de la ley penal en la sentencia de instancia.

Sin embargo, cuando se trata de disconformidad con la valoración y apreciación de

las pruebas practicadas, instando un pronunciamiento contrario al de instancia a base de conceder un crédito diferente a algún medio de prueba, el recurso de apelación, como el recurso ordinario e incondicionado, no resulta adecuado.

Prueba de ello es la ambigüedad con la que se expresa el Tribunal constitucional al delimitar el ámbito que le corresponde al tribunal *ad quem* a la hora de valorar la prueba y que se traduce en los siguientes términos: “La segunda vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías que, en opinión de los demandantes de amparo, habría resultado vulnerada por la Sentencia de la Audiencia Provincial se refiere a la necesidad de que las pruebas en las que el órgano judicial se basa para pronunciar una condena penal se practiquen ante él si, por su naturaleza y circunstancias concretas, su adecuada valoración así lo exige, de acuerdo con la doctrina constitucional que se inicia en la STC 167/02, de 18 de septiembre, seguida luego en otras muchas hasta constituir ya un cuerpo de doctrina consolidado”. Tal doctrina, en los términos expresos del FJ 2 de la STC 272/05, de 24 de octubre (seguida luego en otras, como las SSTC 15/07, de 12 de febrero; 336/06, de 11 de diciembre; y 80/06, de 13 de marzo), puede sintetizarse así:

*«[Resulta] contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto*

*es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno 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 a 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 conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance*

*sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final».*

Así las cosas, los problemas que plantearía una necesaria repetición de la práctica totalidad del juicio podrían solventarse acudiendo a alguna de las siguientes soluciones: en primer lugar, cabría prohibir con carácter general una segunda valoración de la prueba a través del recurso de apelación, con independencia del contenido de la sentencia y del sentido de la impugnación, y a salvo los errores de hecho. En segundo lugar, podría excluirse de la apelación la solicitud de una nueva valoración de las pruebas personales, inadmitiendo los recursos que se basen en error en la valoración de estos medios de prueba, y permitiendo la revisión de la valoración de las pruebas cuando el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia respecto del medio probatorio de que se trate. En tercer lugar, cabría establecer la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias cuando la apelación se base en error en la valoración de la prueba personal, de modo que se podrán recurrir en apelación todas las sentencias por cualquier otro motivo y también por error en la valoración de pruebas respecto de las cuales el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia. Por último, podría implantarse una apelación en la que cupiera impugnar la valoración de cualquier medio probatorio, lo que exigiría repetir todas las pruebas cuya valoración deba revisarse.

Aunque las cuatro soluciones apuntadas tendrían encaje en nuestro sistema procesal, parece preferible acoger la tercera, de modo que sea posible reparar los defectos o errores cometidos por el juzgador de instancia, tanto

en el procedimiento como en la sentencia, salvo cuando el motivo de impugnación se sostenga en un diferente criterio de valoración de las pruebas personales practicadas en el juicio y la sentencia sea condenatoria. Si se trata de sentencias absolutorias, no se podrá intentar cambiar el juicio del tribunal *a quo*, si bien eso no impide a la acusación disconforme impugnar la resolución por cualquier otro motivo, incluido el de los defectos en el razonamiento o los errores de apreciación, que puedan dar como resultado una condena; lo único que se impide es el recurso contra las sentencias absolutorias por errores de valoración.

Es evidente que de este modo se produce una asimetría en las posiciones de las partes procesales, que no es desconocida en el proceso penal pero que, si bien fue antes enunciada, debe ser explicada ahora con mayor extensión. Eso no significa que a la acusación se le prohíba denunciar los errores padecidos por el juez de instancia, ni se desvirtúen sus funciones de asegurar la correcta aplicación de la ley penal y defender los intereses de la sociedad, sino que se introduce una limitación para las acusaciones de articular un concreto motivo de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Como primera reflexión ha de sostenerse que el respeto al principio de igualdad entre la acusación y de la defensa no implica atribuir a ambas partes poderes y facultades procesales idénticos, de manera que el ordenamiento podrá establecer un tratamiento desigual cuando resulte debidamente justificado y razonable, de acuerdo con los intereses que cada una de ellas defiende en el proceso. Pues bien, desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad, habrá de justificarse, en términos de adecuación a un fin constitucionalmente legítimo y de proporcionalidad, la excepción que se sostiene, prohibiendo la impugnación de la acusación cuando se pretenda que el órgano de apelación realice una valoración diferente de los medios de prueba practicados ante el juez *a quo*.

Por un lado, no cabe duda de que, como sostenía la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Green v. United States*,

355 U.S. 184 (1957), “al Estado, con todos sus resortes y su poder, no se le debería autorizar a realizar reiterados intentos de condenar a un individuo por un mismo delito, haciéndole pasar por una situación de dificultad que no sólo le hace incurrir en gastos, sino que le somete a la terrible experiencia del proceso obligándolo a vivir en un estado de continua ansiedad e inseguridad, incrementando la posibilidad de que, si bien ha sido declarado inocente, pueda terminar siendo declarado culpable”, en aplicación de la garantía constitucional de la prohibición del doble riesgo para el acusado (*double jeopardy*) que fuera sometido a un doble enjuiciamiento, derivada de la 5ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU. Por eso, para el acusado la sentencia absolutoria es el final, dando por terminado el periodo en que ha estado expuesto al riesgo de la condena, de modo que el Estado no puede abrir un nuevo juicio a través de la apelación contra una sentencia absolutoria, aunque ésta pueda parecer errónea.

Por otro lado, fuera de los errores materiales de apreciación o los defectos en la motivación, con la solución apuntada desde luego que se impide la posibilidad de verificar que la valoración del juez *a quo* sobre los medios de prueba sea incorrecta; ahora bien, eso no significa que en todo caso se presuma que la decisión de primer grado es la correcta y no se pudieron producir equivocaciones, sino que la revisabilidad de la sentencia condenatoria se limita, tanto por la posición del Estado y de las acusaciones en el juicio oral, como porque la certidumbre que derive de la decisión del órgano de apelación no se puede garantizar salvo que exista inmediación, ya que éste no ha podido presenciar las pruebas y su percepción es indirecta o mediata.

De ahí que en la STC núm. 123/05, de 12 de mayo, pueda leerse que

*“en este contexto legal dual, la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión, no tiene por qué tener una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos ni, incluso dentro de cada uno de ellos, para circunstancias tan dispares como pueden ser que la impugnación se dirija con-*

*tra una sentencia absolutoria o condenatoria, o que el fundamento de la impugnación aparezca referido a los hechos, la calificación jurídica o la eventual concurrencia de determinados defectos procedimentales; sino que, en cada caso, puede responder a un modelo diferente, con todas las implicaciones que ello supone, y que sólo cabe determinar a la vista de su concreta configuración legal.*

*Así, por lo que respecta a la apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, el Pleno de este Tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de septiembre, F. 11, ya ha señalado que en estas circunstancias el recurso de apelación penal «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» y que «[s]u carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de «novum iudicium», con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador «ad quem» asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez «a quo», no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo» (reiterado después, entre otras muchas, en las SSTC 10/04 y 12/04, de 9 de febrero, FF. 6 y 3, respectivamente), de lo que se ha concluido la necesidad de que el órgano judicial de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral”.*

En este caso no se evita la falibilidad del enjuiciamiento sino que un criterio (el del órgano inferior) se sustituye por el de otro (el del superior) con el único argumento de la autoridad, pues significaría motivar una sentencia condenatoria sobre un mismo material probatorio destruyendo esta vez sí la presunción de inocencia.

Sin embargo, cuando es el acusado quien pretende recurrir una sentencia condenatoria lo podrá hacer por cualquiera de los motivos, incluido el del error de valoración de la prueba,

que por supuesto habrá de fundamentar con precisión, para evitar una incondicional apertura de la actividad probatoria en apelación; si el condenado sostiene con fundamento que debe cambiarse el valor o la credibilidad de un medio de prueba deberá celebrarse vista ante el órgano *ad quem*, practicándose la que corresponda.

## 11. NUEVA PRUEBA EN APELACIÓN

No es éste, con todo, el único caso en que cabe plantear cuestiones acerca de la prueba en el recurso de apelación. En la actualidad se admite la práctica de la prueba cuando éstas no pudieron proponerse en primera instancia (por desconocimiento, porque son de fecha posterior, o se refieren a nuevos hechos con incidencia directa en los hechos debatidos); cuando las pruebas propuestas en instancia fueron indebidamente inadmitidas, y cuando las pruebas admitidas no fueron practicadas por causas no imputables a las partes.

De acuerdo con lo que se ha apuntado anteriormente, la indebida inadmisión o la existencia de causa no imputable a la parte que propuso la prueba para que se hubiera practicado la prueba en el juicio oral, cualquiera que sea la causa, ha de considerarse como un defecto procesal y, si fuera estimada la impugnación, deberían reponerse las actuaciones para que la prueba se practique ante el tribunal *a quo*.

Sin embargo, entiendo que cuando se trata de un medio de prueba que no pudo proponerse en la instancia, es preciso discriminar según se plantee por la parte acusadora o por el condenado.

La acusación, que ha solicitado las diligencias de investigación que consideró oportunas durante la instrucción y ha formulado acusación y ha propuesto la prueba que entendía iba a conseguir la convicción del juzgador, no puede en un momento posterior articular otros medios probatorios para intentar una condena que, con la prueba practicada en el juicio, no consiguió, de modo que si la acu-

sación adquiriera o descubriera un nuevo medio probatorio de cargo después de dictada la sentencia de instancia, no debería admitirse su práctica aunque sea de fecha posterior. El juicio y la sentencia cierran toda posibilidad a la acusación, que en interés de la sociedad, ha presentado sus elementos para alcanzar la sentencia condenatoria, sin que se pueda autorizar posteriores intentos de lograr la revocación de la absolución; precisamente este principio es el que impide instar la revisión de la condena por parte de la acusación, y sólo se legitima contra las sentencias condenatorias.

Por el contrario, si fuera el condenado quien obtuviera una prueba de descargo después de la sentencia condenatoria de instancia, debería admitirse el medio probatorio si se encuentra en alguno de los casos referidos (porque no se pudo proponer, por desconocimiento, por referirse a nuevos hechos o por ser de fecha posterior al juicio). Propuesto este medio de prueba, debería examinarse por el tribunal *ad quem* exclusivamente su pertinencia y utilidad, comprendiendo un juicio sobre la relevancia para la decisión; de considerarse que se cumplen los requisitos exigidos, se debería ordenar la reposición de las actuaciones para que se practique ante el juez *a quo* y que éste dicte la sentencia que corresponda.

## 12. EL RECURSO DE APELACIÓN LIMITADO Y EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En el planteamiento que se ha expuesto sobre el recurso de apelación en el orden penal se han tomado en consideración las garantías fundamentales que se deben respetar en España de acuerdo con los compromisos derivados de los textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país.

Es evidente que tanto el art. 2 del Protocolo nº 7 del CEDH como el art. 14.5 del PIDCP, este último ratificado desde hace mucho tiempo por España, imponen que se abra un recur-

so contra las sentencias condenatorias para que un tribunal superior pueda revisar el fallo dictado y la pena impuesta. Asimismo es evidente que el recurso de casación no cumple de modo satisfactorio con esa exigencia, y que el incumplimiento se produce precisamente en el caso de los delitos más graves, que son enjuiciados en primer grado por las Audiencias Provinciales y, en su caso, por la audiencia Nacional.

Así las cosas, parece imprescindible introducir en nuestro proceso penal un recurso de apelación a través del cual se puedan impugnar tanto las sentencias condenatorias como las que absuelvan al acusado o le condenen a una pena menor que la pedida por las acusaciones o por un título diferente. Este recurso encontraría una excepción relevante, pues se limitaría el recurso para las partes acusadoras cuando se funde en la modificación de la valoración que se hubiera realizado en la primera instancia de las pruebas personales practicadas ante el tribunal *a quo*, que no podría ser ya revisada.

Como autoriza el art. 2.2 del Protocolo nº 7, el derecho a un doble grado de jurisdicción para el condenado se puede excepcionar cuando se trate de infracciones menores, cuando el interesado hubiera sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, o cuando hubiera sido declarado culpable y condenado como consecuencia de un recurso contra su absolución.

Sin duda que la introducción de estos supuestos de exclusión del derecho al recurso en nuestro sistema supondría un notable alivio a la organización de tribunales en el orden penal y responden a un razonable equilibrio de las partes procesales en la tradición jurídica española.

Es verdad que estas excepciones del sistema europeo de derechos humanos no tienen encaje en el PIDCP, tal y como viene siendo interpretado por el Comité, de modo que en el caso español tanto los aforamientos ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, previstos en la CE y en la LOPJ, como la posibilidad de condena estimando un recurso de la acusación podrían merecer algún reproche futuro del aludido Comité.

Sin embargo aparece un punto de inflexión en los Dictámenes del Comité, tomando en consideración estas circunstancias en el voto particular que en el Dictamen del caso Gomariz (CCPR/C/84/D/1095/2002) formuló la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité, para quien “el criterio de la mayoría, de ser aplicado como una norma con carácter amplio, podría trastocar los sistemas judiciales de muchos países de tradición jurídica romanista en los que una absolución dictada por un tribunal de primera instancia puede ser declarada nula y ser sustituida por una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia... En una cuestión tan fundamental para la estructura de los sistemas judiciales nacionales en los países de tradición romanista, deberíamos prestar cierta atención a las opiniones de los Estados Partes, así como a su práctica generalizada. Ello es especialmente aplicable a la interpretación del texto de una disposición del Pacto cuya redacción ha sido históricamente ambigua, y en relación con la cual algunos Estados han mantenido explícitamente su derecho a continuar con esas prácticas, sin que otros Estados Partes hayan presentado objeciones al respecto”.

Cabe esperar que el Comité termine considerando que los países que integran el Consejo de Europa, que han abanderado históricamente la lucha por los derechos humanos junto con EE.UU., no aprueban y aplican una disposición como el Protocolo nº 7 para vulnerar el PIDCP, sino que su tradición jurídica les lleva a garantizar de otro modo distinto al que es propio de los EE.UU. los derechos de impugnación contra una sentencia condenatoria, sin que eso represente una suerte de rebeldía o de traición al sentido y a la finalidad del Pacto.

En todo caso, desde el momento en que la solución legislativa española se concrete, esperamos que en la próxima legislatura, se podrá ratificar el Protocolo 7º del CEDH, pues España es uno de los siete países que aún no lo han ratificado (junto a Alemania, Andorra, Bélgica, Holanda, Reino Unido y Turquía). De este modo se dará cumplimiento a uno de sus mandatos más importantes: que la ley regule el ejercicio del derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, incluyendo los motivos por los que se puede interponer, y, al propio tiempo, se satisfarán esencialmente las exigencias del PIDCP.

A este respecto cabe sugerir que, de continuar el Comité con la interpretación literal del art. 14.5, puede resultar oportuno plantear una Declaración o una reserva relativa a ese texto internacional, como han hecho la práctica totalidad de los países europeos, recogiendo algu-

na de las excepciones que luego se reflejaron en el Protocolo nº 7; así resulta de las reservas al PIDCP formuladas por Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda o Luxemburgo. De este modo se salvarían las especificidades del ordenamiento jurídico español, en el marco de las disposiciones de los países de nuestra misma tradición jurídica, en cuanto a los aforamientos ante la Sala Penal del TS, y a la posibilidad de que se dicte una sentencia de condena como consecuencia de un recurso de la acusación contra una sentencia absolutoria.

### 13. EL ENCAJE DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL EN LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL ESPAÑOLA

Como último punto en el análisis de la posible introducción de un recurso de apelación en nuestro proceso penal, que se aplique no sólo a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, sino las que pronuncian órganos colegiados, es preciso apuntar algunas consideraciones, a la luz del texto legal proyectado, modificando la LOPJ, en razón al cumplimiento del objetivo de generalizar la segunda instancia penal.

En primer lugar, entiendo que debe mantenerse el enjuiciamiento de los que, por mandato de la CE o de la LOPJ, se encuentran aforados ante la Sala de lo Penal del TS, como una resolución no susceptible de revisión, al amparo de lo previsto en el Protocolo nº 7 del CEDH. Desde luego que quedarían a salvo los errores o defectos advertidos en la sentencia del órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes que supusieran al propio tiempo una infracción de derechos constitucionales; en este caso se podría acudir al planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones y, caso de ser desestimado, interponer un recurso de amparo.

La solución contenida en el Proyecto de Ley, creando en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dos secciones, una de enjuiciamiento y otra de apelación, no resulta acertada y posiblemente trajera más problemas de los que pretende solucionar. De una parte, habría que constituir *ad casum* la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es verdad que con reglas preestablecidas en el ámbito de la Sala de Gobierno, pero las Secciones habrían de estar funcionalmente subordinadas al establecerse un órgano *a quo* (la Sección de enjuiciamiento) y otro *ad quem* (la Sección de apelación) en el mismo órgano y, por lo tanto, ambas Secciones se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

En segundo lugar, y por lo que hace a los aforamientos ante la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, encomendando la decisión del recurso de apelación a la Sala Especial del art. 77 LOPJ, tampoco parece la mejor de las soluciones, porque esa Sala, formada por el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Sala y el Magistrado más moderno de cada una de ellas, tiene sentido para resolver las recusaciones, pero es más que dudosa su aptitud para decidir una impugnación en materia penal. La ausencia de especialistas en esta materia puede ser un serio inconveniente para atribuirle esta competencia, puesto que, dado el modo en que se conforma el Tribunal Superior de Justicia, formarán la Sala del art. 77 el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo, el de la Sala de lo Social, así como el magistrado más moderno de cada uno de estos dos órdenes jurisdiccionales, junto con el Presidente del TSJ y el magistrado más moderno de la Sala de lo Civil y Penal.

En tercer lugar se plantea el problema de las apelaciones contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La solución proyectada ha sido la de crear una Sala de Apelación dentro de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal, así como del recurso de revisión que la ley establezca contra los decretos del secretario judicial (art. 64 bis.1). Parece que se trata de una Sala situada en una posición de cierta preeminencia sobre el resto: así, aparece la primera en la proyectada modificación de la Ley de demarcación y planta, y a su presidente se le exige mayor antigüedad para su nombramiento (art. 333.1 del Proyecto), pues frente a los diez años que se exigen para la presidencia del resto de las Salas, para la de Apelación se exigen quince años. No parece que esta medida sea desacertada, aunque resulta extraño concebir un mismo órgano con Salas de distinto grado, y subordinadas a una de ellas.

La solución que se ha proyectado, para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, atribuyendo la competencia a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien no presenta problemas de encaje en la organización judicial española, aparecen sin embargo serias dudas sobre la oportunidad de esta decisión. Salvo que se modifique la composición de ese órgano, que se integra por el Presidente y dos o cuatro magistrados, de los que uno o dos son designados a propuesta de la Comunidad Autónoma, resulta evidente que la materia penal puede ser totalmente ajena al conocimiento y especialización de los magistrados de esta Sala. Por ello cabría pensar en varias soluciones alternativas: por una parte, dividir la Sala de lo Civil y Penal en dos,

una integrada en el orden jurisdiccional civil y otra en el penal, cada una de las cuales obviamente integradas por magistrados especialistas en esas materias; por otra parte, incrementar la planta de esa Sala con los magistrados especialistas en penal allí donde sea necesario. Una tercera vía, que no parece la más acertada, pasaría por establecer en las Audiencias Provinciales unas Secciones de Apelación, a las que se encomendaría el conocimiento de estos recursos sea contra resoluciones de los Juzgados de lo Penal, sea contra resoluciones de las Secciones “ordinarias” de la Audiencia.

## NOTAS

1. Sobre la apelación penal, VARELA GÓMEZ, *El recurso de apelación penal*, Valencia, 1997.
2. Como es conocido, a pesar de que en la LECRIM se denomine “recurso de apelación” al que puede interponerse contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente en el juicio por jurados, en puridad se trata de un recurso extraordinario. Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena), 3ª ed., Valencia 2008, pág. 538, “la necesidad de fundar el recurso exclusivamente en alguno o algunos de los motivos recogidos en el art. 846 bis c) nos pone de frente a un medio de impugnación extraordinario ciertamente parecido al recurso de casación. No hay en este recurso ningún signo de apelación en el sentido técnico jurídico de medio de gravamen; no se busca un segundo conocimiento de la causa, sino determinar si el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado ha cometido alguna de las violaciones legales que pueden incluirse dentro de algunos de los motivos que se recogen en el citado art. 846 bis c)”.
3. GÓNZALEZ CANO “El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español”, en *Tribunales de Justicia*, num.2, febrero 2001.
4. Vid. lo señalado antes (nota 2) respecto de la naturaleza del recurso de apelación en el juicio por jurado, que representa en realidad un supuesto de recurso extraordinario.
5. Que, como ya se ha sostenido, la apelación en el juicio por jurados no constituye en realidad un supuesto de recurso de apelación que dé paso a una segunda instancia, sino que integra un recurso extraordinario más próximo a la casación que a la apelación, a pesar de que la ley denomine de este modo.
6. VIVES ANTÓN, “Más allá de toda duda razonable”, en *Teoría y Derecho*, 2/2007.
7. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003.
8. Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, “Facultades de valoración del tribunal ad quem (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/2002)”, en *Los recursos de apelación y casación en el orden penal*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007.
9. En general, sobre la prueba en la apelación penal, cfr. CALDERÓN CUADRADO, *La prueba en el recurso de apelación penal*, Valencia, 1999.
10. En Italia, la Ley n 46/2006, de 20 de febrero, llamada ley Pecorella, modificó el art. 503 del CPP, prohibiendo con carácter general la apelación contra las sentencias absolutorias; sin embargo la sentencia n. 26/2007, de 6 de febrero, de la Corte Costituzionale declaró la ilegitimidad constitucional del precepto en ese extremo. Cfr. sobre los límites a la apelación del Ministerio Fiscal, GUALTIERI, “Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti”, en *Cassazione penale*, abril 2007.
11. En este sentido la sentencia de Green v. United States cita las siguientes: United States v. Ball, 163 U.S. 662 (1896); Peters v. Hobby, 349 U.S. 331 (1955); Kepner v. United States, 195 U.S. 100 (1904); United States v. Sanges, 144 U.S. 310 (1892).
12. Cfr. en [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5\\_asp.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5_asp.htm) España, cuando ratificó el PIDCP no formuló declaración o reserva alguna, probablemente por haberlo ratificado más tardíamente, en abril de 1977, y por el lógico afán de incorporarse de inmediato al sistema internacional de derechos humanos tras una dictadura tan prolongada.

**Fecha de recepción de originales: 13 de junio de 2008**

**Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008**