



TRABAJO FIN DE GRADO

**LÍMITES AL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO
ABREVIADO. ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

Ana Blanco Guada

DIRECTOR

Iñaki Riaño Brun

SUBDIRECTORES

Manuel Richard González e Ignacio Cruz Erro Aztaráin

Pamplona / Iruñea

1 de enero de 2016

I. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El siguiente trabajo se centra en el estudio las restricciones impuestas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la revisión de la prueba realizada por el juez *ad quem* durante el recurso de apelación, con especial mención a los cambios producidos por la STC 167/2002 18 de septiembre. Así, los objetivos del trabajo son:

- Determinar la regulación de la prueba en la segunda instancia en España y en Europa y qué problema plantea la regulación
- Establecer y estudiar las distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales en relación con la prueba en la segunda instancia
- Revisión de la prueba en segunda instancia. Implicaciones y alcance
- Desarrollar un caso práctico estudiado durante las prácticas de Derecho.
- Realizar un análisis crítico como conclusión para determinar las posibles soluciones alternativas para mejorar el problema planteado

ABSTRACT

The following work focuses on studying the restrictions imposed by the LEC in the review of the evidence by the judge *ad quem* for the appeal, with special reference to the changes produced by the STC 167/2002 18 September. Thus, the objectives of the work are:

- Establish the rules of evidence in the second instance in Spain and in Europe and which poses the regulation problems
- Establish and study the various doctrinal and jurisprudential currents in relation to the test in the second instance
- Review of the evidence on appeal. Implications and scope.
- Develop a case study during practice of law.
- Perform a critical analysis and conclusion to determine possible alternative solutions to improve the underlying problem

KEY WORDS: procedural immediacy, *audi alteram partem*, question of fact and law, personal proofs, STC 167/2002, guarantees of the process

II. ÍNDICE

1.1.	Objeto de análisis.....	pp. 4 - 5
2.1.	El recurso de apelación.....	pp. 5 - 11
	2.1.1. Definición	
	2.1.2. Regulación actual y fundamento	
	2.1.3. Legitimación e interposición del recurso de apelación	
	2.1.4. Motivos y objeto del recurso	
	2.1.5. Proposición de la prueba	
2.2.	Interpretación del recurso de apelación.....	pp. 11 - 27
	2.2.1. Doctrina inicial del TC	
	2.2.2. Jurisprudencia del TEDH	
	2.2.2.1. Caso Ekbatani contra Suecia	
	2.2.2.2. Sentencias del TEDH	
	2.2.2.3. Supuestos de no extensión del principio de inmediación	
	2.2.3. La nueva doctrina del TC partir de la STC 167/2002	
	2.2.3.1. STC 167/2002 de 18 de septiembre	
	2.2.3.2. Efectos de la nueva línea jurisprudencial	
2.3.	Realidad práctica del recurso de apelación.....	pp. 27 - 34
	2.3.1. El principio de inmediación	
	2.3.2. Supuesto práctico	
III.	Conclusiones.....	pp. 35 - 37
IV.	Bibliografía.....	pp. 38 - 39
V.	Jurisprudencia.....	pp. 39 - 40

1.1.Objeto del análisis

Múltiples son las teorías doctrinales que se encuentran enfrentadas a día de hoy en torno a la interpretación de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo sobre las garantías constitucionales en la segunda instancia. Así, el recurso de apelación plantea actualmente uno de los principales problemas en cuanto a su regulación tras las sentencias del Tribunal Constitucional, inspiradas a mi parecer, en una desafortunada e inadecuada interpretación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del recurso se ha visto vaciado a partir de la sentencia del TC 167/2002, en un intento desacertado de protección de las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24 de la CE (Sección Primera, Capítulo Segundo del Título Primero).

A lo largo del siguiente trabajo se analizará la trayectoria y modificaciones legislativas del recurso de apelación; llevando a cabo un exhaustivo estudio de la jurisprudencia y doctrina española y europea con el fin de determinar qué línea jurisprudencial sería más adecuada para lograr la armonía de principios y derechos consagrados constitucionalmente. Cabe destacar que el siguiente trabajo ha sido estudiado tomando como base la regulación anterior, de manera que la modificación del recurso de apelación introducida por la Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales no ha sido tenida en consideración.

Para ello, y con el fin de lograr una visión práctica que acentúe la gravedad real del consiguiente problema, se desarrolla y explica de manera exhaustiva un caso práctico real ante el Juzgado de lo Penal de Pamplona y la Audiencia Provincial de Navarra en el que he tenido la oportunidad de intervenir. Haber estado en contacto directo con toda clase de documentación del procedimiento, los imputados y las pruebas, ha permitido comprender el alcance y trascendencia del principio de inmediación en la jurisdicción española y la necesidad inminente de poner fin a dicha regulación tan conflictiva. En última instancia, y por la relación directa con el objeto del trabajo, a modo de conclusión propongo la solución que considero más correcta para garantizar el principio de inmediación sin mermar el derecho de defensa.

La ausencia de un criterio adecuado en la doctrina del Tribunal Constitucional es notoria, ante las diversas sentencias del Tribunal de Estrasburgo en las que ha condenado a España por una mala praxis de sus Tribunales; así como ante las posturas enfrentadas dentro de la doctrina española. Es hora de promover un cambio en el recurso de apelación, dotarle de sentido conforme a los principios constitucionales y la doctrina del TEDH. Es inviable e inadecuado mantener esta incoherencia doctrinal, teniendo a Europa castigando a los Tribunales españoles por su regulación.

2.1.El recurso de apelación

2.1.1. Definición

El recurso de apelación es un medio de impugnación de carácter ordinario devolutivo que se interpone ante el órgano (*órgano a quo*) que dictó la resolución contra la que se dirige el recurso, resolviendo el recurso el órgano superior (*órgano ad quem*)¹. En el procedimiento abreviado, cabe frente a resoluciones interlocutorias dictadas por los Jueces de Instrucción (apelación interlocutorias) y sentencias definitivas dictadas por el Juez de lo Penal o por el Tribunal de Jurado; abriendo en este caso la segunda instancia.

Cabe cuestionarse el carácter ordinario del recurso de apelación dado que el art. 790.2 LECrim determina los tres supuestos de apelación de sentencias firmes. No obstante, y tal como han confirmado diversos autores y sectores doctrinales², ante el carácter tan amplio y general de los motivos de impugnación no se puede determinar que el recurso de apelación es de carácter extraordinario.

En cuanto a los efectos de la interposición del recurso de apelación, en el procedimiento abreviado produce efectos suspensivos de la sentencia impugnada.

¹ Art. 790.2 LECrim: “El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia”.

² POZO VILLEGAS, J.L, Guía básica de los recursos en el proceso penal. Dykinson. 2002. Pág.

2.1.2. Regulación actual y fundamento

El recurso de apelación se encuentra regulado Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 790 LECrim y ss.). Encuentra su fundamento constitucional en el art. 24. 1 de la Constitución Española, el art. 14. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966³ y el art. 2. 1 del Protocolo 7^o de 1984^{4 5}. En España, a pesar de no encontrar una alusión expresa al derecho al recurso, se entiende inherente al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE; tal y como ha venido reconociendo el TC en diversas sentencias, *ad exemplum* la STC 37/88 de 3 de marzo y la STC 66/2001 de 17 de marzo. Sin embargo, ello no implica el reconocimiento de la interposición de un recurso en cualquier situación, debiendo estar recogido en la legislación el recurso y las causas tasadas que permiten su interposición al recurrente.

El derecho al recurso es una manifestación del derecho de defensa, debiendo garantizar un acceso libre en la legislación que permita asegurar la exigencia constitucional del derecho de defensa. Por ende, el recurso de apelación goza de gran relevancia en el proceso penal español.

El recurso de apelación cabe frente a las resoluciones interlocutorias del Juez de Instrucción o del Juez de lo Penal en el procedimiento abreviado (frente a todos los autos siempre que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley de acuerdo con el art. 766 LECrim) y en el procedimiento ordinario por delitos graves en supuestos tasados por la ley (art. 217 LECrim). También cabe contra sentencias dictadas por el Juez de lo Penal o Juez Central ante la Audiencia Provincial o Nacional respectivamente de acuerdo con lo establecido en el art. 790 de la LECrim en el procedimiento abreviado. También se encuentra reconocida la posibilidad de interponer el recurso de apelación frente a sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado.

³ España ratificó el Tratado el 27 de abril de 1977. Art. 14. 5: toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo prescrito en la Ley”.

⁴ Entró en vigor en España el 1 de enero de 2009

⁵ El Pacto Internacional y el Protocolo resultan de aplicación de acuerdo con el art. 96. 1 y 10. 2 CE.

Como he citado en la introducción, la última modificación llevada a cabo por la Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales no se ha tenido en cuenta al desarrollar el trabajo, habiendo tomado como base la regulación anterior. Sin embargo, considero relevante establecer los cambios introducidos por dicha ley. Así, las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de lo Penal de la Audiencia Nacional son apelables de acuerdo con el art. 846 ter. Así, “los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia”.

Otra de las relevantes modificaciones introducidas por la consiguiente ley, se encuentra en el art. 792. 2 de la LEC, según el cual “la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.”.

En última instancia, determinar que el cambio más notorio es el párrafo introducido en el art. 790. 2 LECrim que exige a la acusación para solicitar la revocación de una sentencia absolutoria o la agravación de la condena “justificar la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica o el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas

practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.⁶

2.1.3. Legitimación e interposición del recurso de apelación

La legitimación para recurrir en apelación se atribuye a aquellas partes del proceso que tuvieren un gravamen. Esto es, podrán recurrir una sentencia en apelación aquellas partes a las que la sentencia perjudicare. Ya sea porque resultaren condenadas o bien porque no hubieren obtenido todo aquello que solicitaban. En su virtud, podrán recurrir la sentencia de apelación el condenado así como las partes acusadoras en el supuesto que la sentencia dictada en primera instancia hubiese condenado al acusado a penas inferiores a las solicitadas. En consecuencia, ninguna legitimación tienen para recurrir el acusado absuelto o la acusación respecto a una sentencia condenatoria que apreciare todas sus peticiones.

El recurso de apelación se interpondrá dentro de los 10 hábiles días siguientes desde la notificación de la sentencia. No obstante, debe tenerse en cuenta que la LECrim prevé la posibilidad de que el apelado pueda recurrir, a su vez, la sentencia recurrida mediante la institución de la adhesión al recurso de apelación. Este recurso diferido deberá interponerse dentro del plazo de 10 días hábiles desde la remisión por parte del Secretario Judicial del escrito de formalización, una vez haya sido admitido el recurso a trámite⁷.

2.1.4. Motivos y objeto del recurso de apelación

El recurso de apelación debe interponerse en base a los motivos tasados en el art. 790.2 LECrim.

⁶ Art. 790.2 LECrim (actualizado): Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

⁷ Art. 790.5 LECrim: Admitido el recurso, el Secretario judicial dará traslado del escrito de formalización a las demás partes por un plazo común de diez días. Dentro de este plazo habrán de presentarse los escritos de alegaciones de las demás partes, en los que podrá solicitarse la práctica de prueba en los términos establecidos en el apartado 3 y en los que se fijará un domicilio para notificaciones.

Así, los motivos de impugnación de las sentencias son:

1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales
2. Infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación
3. Error en la apreciación de las pruebas

La alegación del motivo del quebrantamiento de las normas y garantías procesales exige al recurrente determinar en el escrito el quebrantamiento de las normas que el recurrente considera producido, debiendo acreditar haber solicitado la consiguiente subsanación ante el órgano judicial *a quo* (excepto en el supuesto de que hubiera sido cometido en un momento del proceso que impedía solicitar la consiguiente subsanación)⁸. En el supuesto de ser admitido el recurso de apelación por quebrantamiento de las normas o garantías procesales, el Tribunal superior declarará la nulidad del juicio causante de indefensión del recurrente, debiendo reponerlo al estado en el que se determinó la comisión de la infracción⁹.

La infracción de normas del ordenamiento jurídico exige al recurrente la alegación de aquellas normas que se consideran infringidas.

El error en la valoración de la prueba contenido en el recurso debe fundamentarse en la equivocación en la que hubiera incurrido el juzgador de primera instancia en la apreciación de la prueba. La petición del recurrente se basa en solicitar al Tribunal superior la valoración de la prueba, que ha sido inmediata por el órgano inferior. Así, pueden ser alterados los hechos probados en la sentencia del órgano *a quo*. El carácter notable reside en cuanto a la determinación de la culpabilidad o no culpabilidad del

⁸ Art. 790.2 LECrim: “Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación”.

⁹ Art. 792.2 LECrim: Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

acusado, solicitando al órgano *ad quem* una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia. El consiguiente medio de impugnación da paso a la segunda instancia en el procedimiento abreviado¹⁰.

El objeto del recurso queda delimitado por el contenido del recurso de apelación interpuesto por las partes. La resolución del órgano *ad quem* extiende sus límites hasta las líneas del respeto al derecho de defensa y los principios de contradicción y audiencia. No cabe olvidar que en España se encuentra plenamente instalado el sistema de apelación limitado, no pudiendo entrar a conocer el Tribunal de apelación en cualquier ámbito. Así, se encuentra restringido por el principio “*reformatio in peius*” (a favor del acusado, no pudiendo imponer una sentencia más perniciosa al condenado que impugna la sentencia, siempre y cuando sea el único sujeto que presenta un recurso) y el principio “*tantum devolutum, quantum appellatum*” (congruencia procesal, únicamente pudiendo conocer sobre los puntos que impugnen las partes en el recurso).

2.1.5. *Proposición de la prueba*

Las partes pueden proponer al Juez los medios de prueba excepcionales previstos en la legislación. En todo caso, la LECrim establece los presupuestos para la proposición de la prueba en el escrito de formalización del recurso de apelación. Los medios de prueba que prevé el art. 790. 3 LECrim son:

- Práctica de aquellas diligencias de prueba que el recurrente no pudo proponer en la primera instancia: ante la modificación de circunstancias o el desconocimiento de hechos, conocidos con posterioridad.
- Propuesta de pruebas indebidamente denegadas por el Tribunal *a quo*, cuando las hubiera formulado en el momento oportuno: siempre y cuando sean pruebas pertinentes, es decir, relevantes en relación con los hechos objeto de impugnación y hubieran sido denegadas sin aparente razonabilidad.

¹⁰RICHARD GONZÁLEZ, M, *La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal*. Cap. VIII de la obra “Estudios sobre prueba penal. Volumen III” Editorial la Ley, Madrid, 2013. Pie de página 15, página 15 determina que “El recurso de apelación penal consistía en un recurso revisorio que se interponía frente a las sentencias de instancia que dictaban los Jueces de Primera instancia. Sentencias que se revisaban por la Audiencia que era la que, en realidad, dictaba la sentencia revisada”

- Pruebas que fueron admitidas pero no practicadas ante causas no imputables al recurrente

La limitación de la propuesta de práctica de las pruebas es inherente al carácter del recurso de apelación, basado en la revisión de la valoración probatoria llevada a cabo por el Juez. En ningún caso el recurso de apelación tiene como finalidad la revisión de los hechos mediante elementos probatorios nuevos. En consecuencia, la proposición de la práctica de pruebas tiene carácter excepcional en el recurso de apelación penal.

2.2. Interpretación del recurso de apelación

2.2.1. Doctrina inicial del Tribunal Constitucional

El punto de inflexión se encuentra en la STC 167/2002 de 18 de septiembre; consagrándose hasta la fecha la doctrina garantista con respecto al recurso de apelación. El cambio jurisprudencial encuentra su fundamento en la doctrina del TEDH ante la aplicación del art. 6. 1 del CEDH (Caso Ekbatani contra Suecia¹¹), aplicable en el ámbito jurídico español de acuerdo con lo instaurado en el art. 10. 2 CE. En este sentido, el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24. 2 CE debe interpretarse conforme a la doctrina del TEDH, encargado de velar por la observancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para percibir el alcance de la metamorfosis de la doctrinal española, considero procedente profundizar en la doctrina anterior a la STC 167/2002, así como en la sentencia fruto de la discordia, la posterior jurisprudencia desarrollada en España y especialmente, la doctrina del TEDH].

Inicialmente, el TC otorgaba al recurso de apelación (regulado en el anterior art. 795. 3 LECrim) un carácter pleno (“*novum iudicium*”), pese al carácter restringido que acogía el ordenamiento procesal español. A los Tribunales de apelación se les reconocía plena competencia para entrar a conocer y fallar sobre el asunto litigioso en cuestión en la misma posición que el órgano a quo. Así quedaba confirmado en múltiples sentencias

¹¹ Sentencia 26 de marzo de 1988 del TEDH, Caso Ekbatani contra Suecia.

tales como la STC 102/1994 de 11 de abril¹², STC 172/1997 FJ 4º, STC 120/1994, STC 43/1997. La STC 120/1999 de 28 de junio en su FJ 3º establecía que “nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta de la alcanzada en primera instancia, pues tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, el Juez *ad quem* se halla en idéntica situación que el juez a quo y en consecuencia puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*”.

En conclusión, y según la doctrina jurisprudencial mencionada, no cabe entender que una opinión del Tribunal de apelación discordante con el fallo del Tribunal de primera instancia sin intermediación en la valoración de la prueba implique en todo caso la vulneración a un derecho equitativo con todas las garantías consagradas constitucionalmente¹³.

El campo de conocimiento y ámbito de actuación del Tribunal de apelación únicamente se encontraba limitado por el principio de congruencia procesal que exigía entrar sobre las pretensiones del recurrente. No obstante, ante los riesgos que entrañaba un sistema de apelación plena ante la posibilidad de reducir el sentido al juicio en primera instancia, en la práctica los Tribunales solían acogerse a un sistema de apelación restringido. Con respecto al sistema de apelación plena, el profesor RICHARD GONZÁLEZ¹⁴ apunta de manera acertada el riesgo que implica en el posible supuesto de “que las partes conviertan la primera instancia en un trámite formal e inútil, pudiendo producirse disfunciones en la administración de justicia”.

¹² STC 102/1994: “El recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium*”

¹³ GÓMEZ RECIO, F. “La sentencia 167/2002 del TC o como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal”. En *La ley* núm. 5766, 2003. Página 2. Establece que: “A pesar de que la ley no admitía ni admite la repetición de la prueba, el Constitucional siempre reconoció al Tribunal *ad quem* plenitud de jurisdicción, configurando el recurso de apelación como un nuevo y total reexamen de la causa... y ello a pesar de no haber estado presente en su práctica”.

¹⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M., *La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal*. Cap. VIII de la obra “Estudios sobre prueba penal. Volumen III” Editorial la Ley, Madrid, 2013. Página 17

La doctrina desarrollada con anterioridad no exigía el cumplimiento del principio de inmediación en la segunda instancia ante la revisión de la prueba practicada; admitiendo con carácter excepcional la posibilidad de práctica de diligencias de las pruebas que no pudieron proponerse en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas (siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta) y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables¹⁵. El carácter pleno del recurso de apelación planteaba inoportunas contrariedades ya advertidos por la doctrina, al acarrear la desvalorización de la primera instancia concentrándose en la segunda instancia el juicio y valoración de las pruebas; así como la ineficacia de la apelación que implicaba no una revisión de lo juzgado, sino un nuevo juicio sobre la base de una prueba nueva.

Era por tanto notable la necesaria falta de regulación del recurso de apelación, ante el carácter contradictorio otorgado al mismo como *novum iudicium* dentro de un proceso penal que se acogía al carácter restringido (*revisio prioris instantiae*) y la violación de principios fundamentales (inmediación y contradicción) reconocidos al reo. Sin embargo, el TC entendía que la valoración de las pruebas practicadas en primera instancia por el órgano *ad quem* no implicaba la vulneración del principio de inmediación, requiriendo el respeto de tal principio en segunda instancia exclusivamente cuando el órgano de apelación debía practicar nuevas pruebas de acuerdo con el art. 790. 3 LECrim¹⁶. Reconocer plena jurisdicción a los Tribunales de apelación entrañaba graves riesgos, así como implicaba tal y como determina CABEZUDO RODRÍGUEZ¹⁷ “se correspondía más con una representación ilusoria de esa segunda instancia que con una fiel imagen del sistema de apelación previsto en España”.

El Tribunal de apelación conocía y valoraba la prueba llevada a cabo en el juicio oral ante el juez *a quo* a pesar de no haber estado presente. Se otorgaba por tanto mayor relevancia a la valoración del juez *ad quem* que no había mediado su práctica, frente a la valoración del juez *a quo* que sí pudo evaluar las pruebas en persona. Es indiscutible

¹⁵ Ex art. 790. 3 LECrim (antiguo art. 795.3 LECrim)

¹⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M. “Límites a las facultades revisorias de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de inmediación y derecho de defensa”. en Revista de derecho penal y criminología”, Núm. 3º. Época núm. 9. 2013. Págs. 111 - 142

¹⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2010

que la posición del órgano *a quo* por haber estado durante la práctica de las pruebas es más aventajada que la del órgano *ad quem*; por ello, era ineludible abandonar la tesis tradicional y dar pie a una doctrina más cercana a las exigencias europeas y la propia realidad jurisdiccional.

En línea con la anterior corriente doctrinal se presentó el día 25 de febrero de 2012 un Borrador del Código Procesal redactado por expertos nombrados por el Ministerio de Justicia cuya finalidad era sustituir a la LECrim. El Borrador sirvió como base a un sector doctrinal que proponía la práctica ante el Tribunal de apelación de las pruebas personales realizadas ante el órgano *a quo*. Posicionándose el Borrador del Código Procesal en la misma línea en el Libro VI (Los recursos)¹⁸, acoger un sistema de apelación plena implica más inconvenientes que ventajas; por lo que no parece ser la solución más pertinente.

Así, establecía la posibilidad de que el órgano *ad quem* “anulara las sentencias absolutorias para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable con arreglo a elementales máximas de experiencia”¹⁹. En caso de decretar el Tribunal de apelación la anulación de la sentencia, de acuerdo con el art. 585 de la presente ley “ordenará que el nuevo juicio se celebre ante un Tribunal con diferente composición al que hubiera dictado la sentencia recurrida, salvo que motivadamente estime que no queda comprometida la imparcialidad”.

2.2.2. Doctrina del TEDH

2.2.2.1. Caso Ekbatani contra Suecia

El motor del cambio doctrinal arrancó, aunque tardíamente en España, gracias a la jurisprudencia del TEDH, en el caso Ekbatani contra Suecia. En el supuesto planteado se acusó a Ekbatani por un delito de amenazas a un miembro del funcionariado. El juez *ad quem* confirmó los hechos que se le imputaban al condenado en primera instancia sin llevar a cabo una vista. El caso se elevó ante el TEDH, que estableció la violación por

¹⁸El nuevo Código Procesal Penal establece que: “El inconveniente de este modelo es que corre el peligro de generar en el juzgador de instancia un sibilino y subliminal sentimiento de imposibilidad de que sus decisiones absolutorias sean fiscalizadas que no es campo propicio para el acierto.”

¹⁹ Libro VI. Los recursos del Nuevo Código Procesal

parte del Tribunal de apelación del art. 6. 1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) al haber manifestado el Tribunal superior una valoración de hecho y no de derecho; siendo necesaria la celebración de una vista que permitiera al acusado comparecer y defenderse en base a las garantías del Convenio.

2.2.2.2.Sentencias del TEDH

A partir de la sentencia indicada, el TEDH se pronunció posteriormente en la misma línea, defendiendo la necesaria observancia del art. 6. 1 del CEDH que estipula que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”²⁰. La corriente doctrinal defendida por el Tribunal Europeo gira en torno a la necesidad de que el acusado, de acuerdo con las características del procedimiento, tenga los medios para defender su propia inocencia ante el órgano superior con pleno respeto al principio de contradicción y derecho de defensa del acusado.

Partiendo del derecho a un proceso equitativo, y de la concepción de que el proceso penal constituye un todo y que su protección no termina con el fallo en la primera instancia, el TEDH ha repetido en numerosas sentencias que las garantías del debido proceso del CEDH también son extensibles en la segunda instancia. *Ad exemplum*, tal doctrina es reflejada entre otras en la ya mencionada sentencia del caso Ekbatani contra Suecia²¹ o, por ejemplo, en la sentencia dictada el 10 de marzo de 2009 en el asunto Igual Coll contra España.

En este último caso, el Tribunal estimó la violación del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos al no haberse asegurado al demandante la vista

²⁰ Veasé por ejemplo la STEDH de 28 de junio de 2005 (Hermi contra Italia), STEDH 25 de junio de 2000 (Tierce y otros contra San Marino), STEDH 15 de julio de 2003 (Stefanelli contra San Marino) o la STEDH 29 de septiembre de 2009 (Lajos Kiss contra Hungría)

²¹ STEDH 26 de mayo de 1988: “el estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6. 1 CEDH. Si bien ese derecho implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia”

pública en la Audiencia Provincial. En la sentencia dictada en primera instancia, en septiembre de 2002., el demandante Igual Coll fue absuelto del delito de abandono de familia ante el impago de la pensión de alimentos establecida en la sentencia de separación. La exesposa presentó recurso de apelación, dictando la Audiencia Provincial Sentencia el 17 de enero de 2003, revocando la sentencia absolutoria en primera instancia y condenando al sujeto por delito de abandono de familia sin la celebración de una vista pública.

Considerando la necesidad de haber tenido lugar una vista pública por fundarse el fallo de la Audiencia en pruebas de carácter personal que requieren de inmediación al “haber señalado *ex novo* la ausencia de comportamiento activo del demandante para procurarse unos ingresos a pesar de su elevada cuantificación profesional”²², Igual Coll impugnó la sentencia de la Audiencia Provincial ante el TEDH.

En el pronunciamiento emitido por el TEDH, se recuerda de manera precisa la necesidad de estudiar las características individuales del proceso para determinar la violación o no del art. 6.1 del Convenio, estableciéndose al respecto que “el art. 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de asistir en persona a los debates”²³. Es decir, el art. 6.1 no involucra la generalización de la exigencia de las garantías en la segunda instancia. La audiencia pública será necesaria siempre y cuando se justifique de acuerdo con las características del procedimiento si la vista ha sido celebrada ante el juez *a quo*²⁴. En el caso analizado por el pronunciamiento del Tribunal, el órgano inferior basó la absolución en la situación económica del demandado y su declaración, determinante a la hora de estudiar las intenciones del sujeto y el comportamiento, y es por ello por lo que la Audiencia Provincial debería haber celebrado una vista pública para valorar la prueba practicada por el juez *a quo*.

²² STEDH 2009/33 de 10 de marzo 2009 (Igual Coll contra España). Fundamentos de derecho, 23.

²³ STEDH 2009/33 de 10 de marzo 2009 (Igual Coll contra España). Fundamentos de derecho, 26

²⁴ STEDH 8 de febrero de 2000 (Cooke contra Austria): “El art. 6 no implica el derecho a una audiencia pública ni a comparecer personalmente. Al determinar esta cuestión, hay que tener en cuenta, *inter alia*, las especiales características del procedimiento y la manera en que se presentan y protegen los intereses de la defensa ante el Tribunal de apelación”

2.2.2.3. Supuestos de no extensión del principio de inmediación

Es relevante determinar que en numerosas sentencias (STEDH 16 de diciembre de 2008, Bazo González contra España) el Tribunal denegó el amparo solicitado por los recurrentes al entender que no era necesaria la audiencia pública en apelación en relación a la valoración de determinados elementos. En tales supuestos, no era precisa la celebración de la vista al versar sobre puntos que no requerían la inmediación del Tribunal de apelación. En armonía con la doctrina del TEDH no es extensible el principio de inmediación en toda la actividad probatoria por parte del órgano *ad quem*.²⁵

Para empezar, se excluye la aplicación de la doctrina garantista del TEDH cuando la valoración consiste en una revisión de derecho y no de hecho, es decir, la calificación jurídica de los hechos del Tribunal inferior. Solo las cuestiones de hecho cobran relevancia²⁶. Es paradigmático el caso Bazo contra González, en el cual el Tribunal de Estrasburgo denegó que el Tribunal de apelación hubiese infringido el art. 6. 1 del CEDH a pesar de haber revocado la sentencia absolutoria dictada por el juez inferior y condenando al recurrente; por entender que la distinta valoración atendía a una discrepante calificación jurídica de los hechos en relación a la respaldada por el juez *a quo*. El Tribunal superior únicamente entró a valorar la prueba documental y mantuvo los hechos probados en primera instancia, llegando a una distinta calificación jurídica. Por ello, no era imperiosa celebrar una audiencia pública.

En segundo lugar, la valoración que versa únicamente sobre la prueba documental²⁷ tenida en cuenta por el órgano *a quo* (excepto la prueba pericial, en la que es necesaria la declaración del perito para completar la comprensión del informe en cuestión²⁸) permite un fallo contradictorio sin ser precisa la inmediación del Tribunal superior. El principal debate gira en torno a determinar si el acervo de pruebas se ha fundado únicamente en pruebas de carácter documental, dejando a un lado material probatorio (el cual sí exige

²⁵ Así, los supuestos de exención de las exigencias del principio de inmediación han sido estudiados y desarrollados por ALCÁCER GUIRAO, R. en su obra “El derecho a una segunda instancia con todas las garantías”.

²⁶ Cabe destacar, además de la mencionada sentencia, STC 328/2006 de 20 de noviembre, STC 74/2006 de 13 de marzo o la STC 170/2005 de 20 de junio, STC 170/2002 30 septiembre (FJ 15)

²⁷ STC 198/2002 26 de octubre (FJ5)

²⁸ Véase la STC 143/2005 de 6 de junio o la STC 10/2004 de 9 de febrero (FJ 7) que establece la necesidad de oír al perito cuando la valoración de la prueba se lleva a cabo sobre las valoraciones del perito que ha realizado en su informe.

cumplir con el principio de inmediación). Sentencias paradigmáticas del TC son la STC 46/2011 del 11 de abril y la STC 120/2009 de 18 de mayo citada con anterioridad; que declaran que “su subsunción típica no precisa de la inmediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la base de lo actuado”²⁹

El último elemento probatorio fuera de la aplicación de la doctrina del TEDH versa sobre la valoración de la inferencia probatoria del órgano inferior; no compartiendo el Tribunal de apelación el proceso deductivo llevado a cabo por el órgano *a quo* manteniendo inalterados los hechos base probados en primera instancia. Es decir, si el órgano *ad quem* a través de tales hechos llega a una conclusión distinta, al considerarse un juicio externo sobre la coherencia de las inferencias probatorias del juez *a quo*, no necesita respetar el principio de inmediación.

Así se ha pronunciado posteriormente el TC en diversas sentencias. *Ad exemplum*, la STC 120/2009 FJ 4 determina que “cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación”.³⁰

No obstante, tal y como ha reiterado el TC los límites de la inferencia probatoria son muy difusos, pudiendo atacar el derecho a un proceso con todas las garantías si “sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas”³¹. Es imperioso diferenciar cuándo el juicio versa sobre la sinceridad y franqueza del sujeto que ha declarado y cuándo sobre la fiabilidad del contenido que éste ha declarado, siendo obligatorio tener contacto directo cuando el juez de apelación entra a valorar la sinceridad

²⁹ STC 46/2011 de 11 de abril y la STC 120/2009 de 18 de mayo

³⁰ En esta línea también se han pronunciado la STC 64/2008 de 26 de mayo y la STC 46/2011 de 11 de abril que establece que “el Tribunal de apelación puede rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta.... Sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación”.

³¹ STC 120/2009 de 18 de mayo

del declarante³². Es así puesto que para juzgar la franqueza del sujeto es necesario que el Tribunal de apelación tenga acceso no solamente al contenido declarado presente en el acta del juicio, sino a otros elementos subjetivos (lenguaje no verbal, reacciones de terceros, tono de voz, etc.).

2.2.3. *La nueva doctrina del Tribunal Constitucional a partir de la STC 167/2002*

El cambio jurisprudencial llevado a cabo por el TEDH exigía el ajuste de los ordenamientos jurídicos europeos, con el fin de armonizar los procesos penales y asegurar la plenitud de garantías. España se encontraba muy lejos de cumplir las exigencias europeas en los procesos penales con su anterior línea doctrinal, considerando entonces el TC dar un giro de 180°. De esta forma surge la STC 167/2002, impulsora del cambio, sentencia que impulsa un cambio de orientación en la línea seguida hasta la fecha y que determina la aparición de opiniones enfrentadas en la doctrina que se pronuncia sobre la materia. Su escasa claridad, así como el voto particular del magistrado GARCÍA CALVO³³ en contra, hacen dudar de su exactitud y precisión. Procedamos así a un estudio pormenorizado de la sentencia de la discordia.

2.2.3.1. STC 167/2002

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alicante en la Sentencia del 16 de octubre de 1997 absolvió a los recurrentes en amparo de los hechos que les habían sido imputados. La policía estaba llevando a cabo una serie de investigaciones sobre piratería de musicasete, solicitando al juez un mandamiento judicial para llevar a cabo una intervención telefónica de los recurrentes; sin constar en la citada resolución judicial las

³² STC 120/2009 de 18 de mayo: “El juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad..) que incidan no tanto en la sinceridad de la declaración (correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa) como en su carácter fidedigno (esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad), pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia”

³³ GARCÍA CALVO comparte la opinión de la necesidad de regular el recurso de apelación ante las exigencias de inmediación y contradicción. Sin embargo, consideró que en el tal litigio no se había producido una vulneración del art. 6. 1 CEDH por considerar válidas las pruebas que el órgano *a quo* había rechazado. Es una cuestión de derecho, no de hecho que no exige la inmediación judicial.

razones en las que se motivaba dicha intervención y sin establecer un control judicial de la misma. Por ello, y alegando los demandados el art. 18. 3 y 24. 2 CE y el art. 11. 1 LOPJ; el juez de primera instancia decretó la nulidad de todas las diligencias de investigación que estaban relacionadas con la intervención telefónica; dictando por tanto la absolución de los mismos.

La acusación particular y el Ministerio Fiscal presentaron un recurso de apelación, siendo los sujetos condenados por la Audiencia Provincial de Alicante como autores de un delito contra los derechos de autor. El Tribunal *ad quem* entendió que el auto que permitió las intervenciones telefónicas estaba suficientemente motivado; no debiendo decretar la nulidad de las actuaciones. Los condenados, recurrieron en amparo ante el TC denunciando la falta de motivación del Auto que acordó la intervención telefónica y la consiguiente vulneración de los art. 18. 3 y 24.2 CE. Complementariamente, motivaron la impugnación en la no inclusión en el auto del delito investigado o los hechos en los que se fundamentaban, así como en la ausencia de control judicial de la intervención telefónica vulnerando el art. 24. 2 CE.

En el escrito de apelación solicitaron que se declarase la nulidad de las intervenciones telefónicas así como de todas las diligencias que tuvieran relación con las mismas en base al art. 11. 1 LOPJ. También solicitaron la declaración de la nulidad de las diligencias de entrada y registro en su sede mercantil al no haberles ofrecido la posibilidad de estar presentes los abogados de los acusados, así como reclamaron la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por no haberse practicado prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción. En última instancia, afirmaron la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, así como la violación del principio de inmediación y del derecho de tutela judicial efectiva. La Audiencia Provincial procedió a una valoración sobre las diligencias practicadas (sus declaraciones) ante el Juez de instrucción y no sobre las declaraciones producidas durante el juicio oral.

Finalmente, el Tribunal Constitucional estimó parcialmente la demanda de amparo al declarar que se habían infringido los derechos de los recurrentes. Determinó la vulneración a un proceso con todas las garantías, el derecho de presunción de inocencia y el derecho de secreto de las comunicaciones; anulando así la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y declarando la absolución de los mismos. No procede examinar la

totalidad de fundamentos jurídicos, cobrando preeminencia en lo que concierne al siguiente trabajo los fundamentos jurídicos noveno, décimo y onceavo. Tales fundamentos giran alrededor de la valoración del Tribunal *ad quem* sobre las declaraciones efectuadas por los demandantes de amparo.

El TC toma como punto de partida la doctrina del TEDH, y la conveniencia en ella establecida con relación a la celebración de una vista en el recurso de apelación (FJ 9). Y a partir de ello, determina “que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el precepto no termina con el fallo en la primera instancia” (FJ 10). El TC reconoció el derecho del acusado de estar presente y ser oído en primera instancia, pudiendo extenderse en la fase de apelación de acuerdo con las características del procedimiento

Concluyó el TC determinando que “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 TEDH 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 de los demás interesados o partes adversas” (FJ 10).

2.2.3.2.Efectos de la nueva línea jurisprudencial

Una vez implantada la nueva línea doctrinal y tras haberse dictado posteriormente múltiples sentencias en consonancia con el nuevo alcance de las garantías procesales en el recurso de apelación³⁴, el TEDH ha vuelto a dar un “toque de atención” a los Tribunales españoles por una mala praxis y errónea interpretación y protección de las garantías procesales en la segunda instancia penal. Un desatinado razonamiento del TC que vuelve a exhibir las carencias del sistema legal español y la reclamación de una corriente doctrinal que por fin encaje dentro de las exigencias internacionales y europeas.

³⁴ STC 124/2008 (FJ2) o STC 272/2005 (FJ2)

En primer lugar, la incorrecta interpretación se debe a que, tal y como han citado diversos autores tales como SÁNCHEZ YLLERA³⁵ o ALCÁCER GUIRAO³⁶, “la jurisprudencia del Tribunal Europeo no gira, ni ha girado nunca, en torno a la garantía de inmediación como requisito para la correcta valoración probatoria, sino que se proyecta sobre el conjunto de garantías vinculadas al debido proceso, y en concreto, a la posibilidad del acusado de defender su inocencia de modo contradictorio ante el órgano *ad quem*, incluyendo el derecho a ser oído personalmente”. En la fase de apelación debe asegurarse que el Tribunal superior tenga contacto directo con las pruebas personales que tendrá en cuenta para motivar su fallo; así como la posibilidad de que el sujeto acusado vea protegido su derecho de defensa y contradicción estando presente en el juicio para poder defender su inocencia, negar los hechos que se le imputan y rebatir los testimonios presentes contra su persona.

La segunda divergencia gira en torno a la restricción del TC de exigir celebrar la vista únicamente cuando el Tribunal de apelación revoca una sentencia absolutoria o establece una pena mayor, defendida en la STC 48/2006 de 13 de febrero. Así se constata en el art. 791.1 LECrim actual que determina que el Tribunal superior podrá establecer una vista cuando se solicite en los escritos de formalización alegaciones la proposición de prueba o reproducción de la grabada, así como cuando el Tribunal lo estime conveniente³⁷

¿Qué ocurre entonces si es el acusado el que interpone el recurso solicitando una revisión de la condena? Es obvio que el TC no ha interpretado de manera adecuada la

³⁵ SÁNCHEZ YLLERA, I., “Facultades de valoración del Tribunal ad quem (especial referencia a la STC 167/2002)” en: *Los recursos de casación y apelación penal, Estudios de derecho judicial*, CGPPJ, 2006

³⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Establece que: “no es la inmediación el núcleo del problema, sino si en la segunda instancia se había estudiado “en su conjunto la cuestión de culpabilidad o de la inocencia”, conociendo tanto del derecho como de los Hechos. Es decir, el factor determinante no es, para el TEDH, si las pruebas valoradas en segunda instancia dependen de la inmediación, sino si se ha valorado la prueba” (Pág. 38).

³⁷ Art. 791.1 LECrim (actual): “Cuando los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

doctrina europea, al no establecer en ninguna sentencia el Tribunal de Estrasburgo que únicamente deben respetarse las garantías procesales en la fase de apelación cuando verse sobre la revisión de un fallo absolutorio del demandado. En realidad, a pesar de haber puesto especial atención el TEDH en la exigencia de celebración de la vista ante la revocación de una absolución³⁸; también ha considerado vulnerado el art. 6. 1 CEDH en supuestos que versaban sobre la revisión de condenas³⁹.

La doctrina establecida a partir de la STC 167/2002 sigue suponiendo para los Tribunales de apelación un persistente sentimiento de incertidumbre, restringiendo la revisión de fallos absolutorios en primera instancia basadas en pruebas de carácter personal que requieren de inmediación judicial, a los que prácticamente otorga firmeza y hace inquebrantables. Como afirma el profesor RICHARD GONZÁLEZ, “las consecuencias de la jurisprudencia del TC en esta materia son devastadoras al impedir que los Tribunales de segunda instancia cumplan con su función para proveer conforme a derecho a las peticiones contenidas en los recursos de apelación especialmente las referentes a la impugnación por error en la valoración de la prueba”⁴⁰. Además, resulta inconstitucional e incongruente al otorgar un trato disímil a las sentencias de primera instancia absolutorias y las que contienen un fallo condenatorio.

La solución propuesta por el TC consiste en que el recurrente disponga de la posibilidad de proponer al Tribunal de apelación la celebración de una vista y la práctica de nuevas pruebas con audiencia del acusado. Al presenciar en tal caso el Tribunal de apelación la prueba, no se vulneraría el principio de inmediación, permitiéndole entonces la doctrina constitucional entrar a valorar lo dictado por el órgano inferior. Sin embargo, parece olvidar el TC que de acuerdo con el art. 790. 3 LECrim, no es viable la repetición de las pruebas realizadas en primera instancia; restringiendo la práctica en segunda instancia a supuestos excepcionales ya detallados con anterioridad. Llevar a cabo una interpretación tan amplia y libre del art. 790. 3 y establecer un modelo de apelación *novum*

³⁸ Ad exemplum, la STEDH de 27 de junio de 2000 (Constantinescu contra Rumanía)

³⁹ Entre otras, cabe destacar las SSTEDH 25 de junio de 2000 (Tierce y otros contra San Marino); STEDH 15 de julio de 2003 (Forcellini contra San Marino) o la STEDH 29 de septiembre de 2009 (Lajos Kiss contra Hungría)

⁴⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M. “Análisis crítico de la jurisprudencia del TC sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal”, en *La Ley* 81/2013. Nº 8014. 1 de febrero de 2013

iudicium implica contradecir no sólo la regulación legal española que acoge un modelo de carácter restringido; sino acarrear numerosas y devastadoras consecuencias en los juicios en segunda instancia que intenten atacar las sentencias absolutorias en primera instancia.

Ahora bien, ¿cómo han reaccionado las Audiencias Provinciales ante , a nuestro entender, la incorrecta interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional? La respuesta es obvia; con sentencias que se contradicen entre sí, actuando de manera totalmente discordante ante supuestos parejos. Tal y como cita la SAP Madrid se enfrentan a dos posibles alternativas: “o entender que no resulta factible revocar una sentencia absolutoria de la primera instancia sin practicar de nuevo en la segunda las pruebas personales que dependan del principio de inmediación o contradicción... o entender como segunda opción que no cabe revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en gran medida de los principios de inmediación y contradicción”.⁴¹

Es evidente el peligro inherente que supone la repetición de un nuevo juicio en segunda instancia, ya que deja de ser un juicio de naturaleza revisora y pasa a convertirse en un nuevo juicio con distinto objeto que atenta contra los principios de la apelación. Es ilógico convertir al órgano encargado de revisar las sentencias en un nuevo Tribunal con un juicio completamente diferente; con el tiempo que ello conllevaría (cuestión relevante, ante las dilaciones en los procedimientos judiciales españoles). En esta línea se pronuncia el Anteproyecto de LECrim del 2011, que, en su Exposición de Motivos, establece que “la doctrina procesal y la propia experiencia del sistema alemán de doble enjuiciamiento ponen de relieve que son mayores los inconvenientes y desventajas del sistema pleno que los derivados del sistema limitado.

La apelación plena conduce, por una parte, a que las partes se reserven su verdadera estrategia procesal para la segunda instancia, sirviendo el primer enjuiciamiento para tantear o explorar las posibilidades del contrario. Por otra parte, en el segundo juicio, la dinámica de los testimonios pierde su espontaneidad; los intervinientes tienden a reproducir -o a reconstruir, según sus intereses- lo narrado en el juicio anterior, dejando

⁴¹ SAP Madrid Sección 17 458/2006 de 8 de junio

de tener como referencia principal su percepción directa de los hechos. La virtualidad del acto del juicio oral como medio de esclarecimiento de la verdad se ve, de este modo, reducida en las dos instancias, en un caso por la omisión de las pruebas relevantes y en el otro por la devaluación de su contenido”.

Además, repetir el interrogatorio implica que las partes conocen qué alegaron los sujetos, y disponen de ciertos datos que les otorgan ventaja o la posibilidad de alterar la declaración. El paso del tiempo conlleva una pérdida relevante de la espontaneidad de las declaraciones al estar los hechos lejos en el tiempo; “repercutiendo en la veracidad, fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones y dictámenes”⁴². Al mismo tiempo, debe destacarse la dificultad de establecer qué prueba debe volver a practicarse en apelación; acabando las partes por solicitar la repetición de todas las pruebas practicadas en primera instancia⁴³. Instaurar un modelo de apelación plena semejante al adoptado en Alemania desvalorizaría por tanto el valor del juicio en primera instancia, perdiendo todo su sentido el juicio en primera instancia.

Por otra parte, negar la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias absolutorias en primera instancia implica vulnerar el derecho de igualdad de las partes y de tutela judicial efectiva que les otorga la facultad de obtener una respuesta fundada en derecho por parte del Tribunal superior. Es rechazable considerar que la segunda instancia queda plenamente garantizada con el acceso al recurso de casación, que tal y como establece la LECrim tiene carácter excepcional. Asimismo, implica marginar y negar el derecho al recurso de las víctimas en la búsqueda de justicia por el carácter firme e inalterable de las sentencias absolutorias ante error en la valoración de las pruebas de carácter personal que exigen inmediatez.⁴⁴

⁴² JORGE BARREIRO, A. “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, en *Jueces para la democracia* 48, 2003. Págs. 73 – 74.

⁴³ Tal opción ha sido escogida por diversas Audiencias Provinciales, tales como la AP de Madrid o la AP de Navarra

⁴⁴ Esta postura más extrema, ha sido adoptada en diversas sentencias tales como SAP Sevilla Sección 1ª 305/2007 de 28 de mayo; SAP Barcelona Sección 20ª 427/2007 de 3 de mayo; SAP Madrid Sección 6ª 42/2007 de 6 de febrero o la SAP Guipúzcoa Sección 2ª 2032/2007 de 18 de mayo entre otras.

La interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional no comporta solamente consecuencias nocivas para la parte acusadora; debiendo advertir que también supone peligros y consecuencias adversas para las garantías procesales del acusado. En algunos supuestos, las Audiencias han permitido a la parte acusadora la práctica de nuevas pruebas para la revisión del fallo absolutorio (es decir, procediendo a un nuevo juicio); mientras que el acusado que solicita la revisión de su condena en primera instancia y al que se le reconoce como verdadero sujeto titular del derecho al doble grado de jurisdicción (no reconocido a la parte acusadora) sólo puede solicitar que sea revisado el carácter racional y razonable del pronunciamiento del Tribunal *a quo*⁴⁵. Cabe destacar que en la actual regulación, cuando la parte acusadora intente instar la revocación de una condena absolutoria o agravación de la condena, deberá fundamentar su impugnación en base a lo establecido en el art. 790.2 LECrim; es decir, en “la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

Esto supone la auténtica ruptura del principio de igualdad de armas; absoluta irracionalidad dado que la finalidad de la doctrina era proteger y asegurar las garantías del acusado. Además, la repetición del juicio en su totalidad “puede provocar que la medida y auto-restricción de la doctrina de los Tribunales de apelación se quiebre abriendo nuevamente el debate de la responsabilidad criminal no declarada en la instancia”⁴⁶. Por supuesto, cabe acentuar que en ambos casos el sujeto imputado debe enfrentarse a dos juicios, con las consiguientes consecuencias psíquicas y psicológicas que ello supone. Así, mi experiencia práctica me ha demostrado que todo juicio supone un enorme peso y carga emocional tanto para el acusado como para la parte acusadora, de manera que hacer pasar de manera innecesaria al acusado por dos juicios completamente nuevos implicaría olvidar la protección debida por la ley al mismo.

⁴⁵ ALCÁCER GUIRAO, R. *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.: “No creo que pueda discutirse la anterior afirmación: que un modelo de repetición de juicio abre más posibilidades de revocación del pronunciamiento de instancia que uno restringido a revisar la corrección lógica y coherencia del razonamiento probatorio efectuado por el órgano a quo”.

⁴⁶ GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R. “El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediatez. A propósito de la STC 167/2002”. En *Constitución y Garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2003

No cabe olvidar el papel tan relevante que tiene en el procedimiento penal la protección del acusado. Permitir revocar una condena absolutoria sin las debidas garantías procesales podría determinar graves riesgos. Así, podría implicar que el recurso de apelación se convierta en un medio apto para proceder a la desvalorización del procedimiento llevado a cabo por el Tribunal inferior o a servir como medio clandestino para proceder a la *reformatio in peius*.

En última instancia, considero relevante recordar que en el sistema procesal norteamericano, las sentencias absolutorias en primera instancia son irrecurribles, de esta manera, no cabe por tanto que el Fiscal recurra una sentencia absolutoria. El fundamento de ello tienen relación con el sistema de justicia penal de juicio por jurados y que impide, por su propia naturaleza, que una sentencia absolutoria "dictada" por ciudadanos pueda ser revocada por un Tribunal profesional.

2.3. REALIDAD PRÁCTICA DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

Con el fin de dar solución al problema planteado, la Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales del 20 de marzo de 2015 añade un párrafo en la actual legislación notorio y relevante, tal y como ha sido desarrollado anteriormente. De esta forma, la ley establece en el art. 790.2 LECrim, que el error en la valoración de la prueba como motivo de impugnación para anular la sentencia absolutoria o agravar la condenatoria por parte de la parte acusadora requiere la justificación de la ausencia de racionalidad en la motivación de los hechos, el alejamiento evidente de las máximas de experiencia o en todo caso la omisión de toda lógica y reflexión sobre alguna de las pruebas que fueron practicadas en primera instancia y sean relevantes o cuya nulidad fuera declarada de manera improcedente.

Así, la sentencia de apelación no puede condenar al sujeto absuelto en la primera instancia o agravar la sentencia condenatoria impuesta incurriendo en error al valorar las pruebas. En todo caso, se permite anular la sentencia del Tribunal *a quo* por parte del

Tribunal superior, devolviendo las actuaciones al órgano inferior cuya resolución ha sido recurrida en apelación. El Tribunal *ad quem* señalará en todo caso si la nulidad abarca el juicio oral si en todo caso debe procederse a una nueva composición del órgano de primera instancia en aras de defensa del principio de imparcialidad.⁴⁷

La inseguridad jurídica y diversidad de posturas en torno a los límites del recurso de apelación basado en error en la valoración de las pruebas sigue siendo a día de hoy un “quebradero de cabeza” para los Tribunales españoles, y un atentado contra los derechos del acusado y de la parte acusadora.

Mi experiencia personal me ha demostrado la necesidad de establecer un equilibrio entre los principios constitucionales y derechos fundamentales en torno al recurso de apelación. Por ello, considero adecuado introducir el supuesto práctico para un posterior análisis relacionado con el presente trabajo, para proceder posteriormente a determinar una posible solución a la regulación vigente

2.3.1. El principio de inmediación

Antes de entrar en un estudio pormenorizado del caso y las cuestiones en conflicto, es menester definir qué es el principio de inmediación, por ser uno de los puntos clave y más problemáticas en torno al recurso de apelación por error en la valoración en la prueba.

El conflicto respecto al recurso de apelación encuentra fundamento en la protección del principio de inmediación otorgada por el Tribunal Constitucional. Se ha acotado el alcance del recurso de apelación basado en el error en la apreciación en la prueba, por entender el constitucional la ilegitimidad de cualquier Tribunal de llevar a cabo la valoración de las pruebas de carácter personal que no ha presenciado. Es decir, en todo caso el principio de inmediación como garantía constitucional debe extenderse a la segunda instancia con el fin de afianzar un proceso justo con todas las garantías. De esta manera, el constitucional se ha dejado en el tintero un derecho tan fundamental como es

⁴⁷ Art. 792. 2 Ley 41/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales

el derecho de defensa, en un intento deslucido de adaptar la legislación a la doctrina europea.

La STC 16/2009 de 26 de enero (FJ 5º) ha precisado qué es la inmediación, entendiendo que se trata de “una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho”.

Tal y como apunta por tanto la citada sentencia, es preciso para no vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías la presencia del Tribunal que va a dictar el fallo durante la práctica de las pruebas. El principio de inmediación garantiza que el Tribunal disponga de elementos objetivos y subjetivos suficientes para poder dictar el fallo resolutorio y juzgar el litigio, conociendo a fondo los hechos sobre los que versa y las pruebas sobre las que deberá fundar su motivación. Este conocimiento directo e interacción con las partes avala las garantías procesales de las mismas, así como la transparencia del procedimiento penal.

Sin embargo, ¿hasta qué punto la inmediación permite una mejor valoración, suficiente como para limitar y vaciar de contenido real el recurso de apelación y por tanto el consiguiente derecho de defensa de los recurrentes? Diversos autores han adoptado una posición crítica respecto a la definición del principio de inmediación del Tribunal Constitucional. ANDRÉS IBÁÑEZ⁴⁸ censura el alcance del principio de inmediación con respecto a las pruebas personales, considerando que la apreciación de elementos subjetivos tales como las dudas o la palidez del declarante entre otros (pruebas personales) están expuestos al igual que los datos objetivos a una posibilidad de error. Tal y como

⁴⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs. 58 - 59

determina VILLEGAS FERNÁNDEZ⁴⁹, compartiendo una tesis crítica del alcance del principio de inmediación, en ningún caso el contacto directo con las pruebas personales garantiza detectar la realidad al ser imperiosa la correspondiente formación psicológica del Tribunal que facilite el estudio de los elementos subjetivos.

Mas no cabe olvidar que el principio de inmediación se encuentra inexorablemente ligado a los principios de contradicción (defensa del acusado⁵⁰, forjado en el art. 6. 3 CEDH), y publicidad en el proceso penal, que no descansan meramente en la veracidad y fiabilidad del declarante y lo declarado; sino en un juicio en el cual ambas partes dispongan de los mismos medios de defensa y el acusado tenga la posibilidad de defenderse de los hechos que se le imputan. Sería superficial limitar la garantía de la inmediación a la obtención de la verdad; debiendo versar principalmente las garantías procesales en asegurar el derecho del acusado a un juicio justo y contradictorio. La necesidad de proteger el principio de inmediación se encuentra especialmente ligada con la garantía del derecho de defensa.

2.3.2. *Supuesto práctico*

En la sentencia X del Juzgado Penal de Pamplona de Primera Instancia, los sujetos J e I fueron condenados por un delito de resistencia a la autoridad y una falta de lesiones. Con fecha 31 de octubre a las 3.15 de la mañana, cuatro jóvenes llamaron a un taxi para que les llevara a una discoteca. Una vez que llegaron al destino, los jóvenes empezaron a hacer cuentas para pagar la carrera, haciendo bromas entre ellos debido al estado de cierta embriaguez en el que se encontraban. El taxista, ante la tardanza de los jóvenes, se empezó a poner nervioso, gritando a los jóvenes “iros de una vez a la mierda” cuando éstos estaban abandonando el taxi. Ante el insulto recibido, uno de los jóvenes llamó al taxista “gilipollas”, cerrando la puerta de un portazo. Al ver al taxista salir y acercarse a ellos por la parte trasera del vehículo gritando de forma agresiva “¿Gilipollas de qué?” los cuatro jóvenes se giraron, sin insultar ni pegar en ningún momento al taxista, tal y como confirmaron posteriormente en el atestado. En ese momento se acercaron dos

⁴⁹ VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M “¿Es la intermediación judicial causa de indefensión para las partes?” en *Actualidad jurídica, Aranzadi* núm. 776, págs. 12 - 14

⁵⁰ STEDH 6 de julio de 2004 (Dondarini contra San Marino)

jóvenes por detrás de los acusados, preguntando a los mismos qué ocurría, sin identificarse en ningún momento.

Al pensar el joven J que se trataba de un amigo del taxista, y al haber sido agarrado por el sujeto en cuestión que se había acercado por la espalda, comenzó a forcejear con el mismo. Posteriormente, el joven I se puso a mediar entre los jóvenes y su amigo, intentando ayudarle. Fue entonces cuando el sujeto sacó la porra, siendo el primer momento en el que demostró signos identificativos como miembro de las fuerzas de seguridad, golpeando al joven con el que había forcejeado en la rodilla. Cabe destacar que la noche en la que se produjeron los hechos era el 31 de octubre, Halloween, y los sujetos acudían a una fiesta en la que muchos de los presentes estaban disfrazados. Ante el desconocimiento y falta de identificación, el joven I intentó defender a su amigo que se encontraba en el suelo, gritándole al policía “Eres un mierdas, te voy a partir la cabeza”. En ningún momento el joven I agredió al policía, así como afirmó desconocer hasta el último momento la condición del policía atacante de su amigo.

La problemática del siguiente supuesto reside en la incompatibilidad entre las alegaciones de los policías presentes, los jóvenes imputados, y el taxista (quien modificó la declaración del atestado en el momento del juicio oral). La clave en la que centra la atención la condena de los imputados, era la valoración de la prueba sobre el conocimiento o no de la condición de policías por parte de los jóvenes imputados. Los policías declararon en el atestado haberse identificado en todo momento, así como haber intentado mediar en la pelea entre el taxista y los jóvenes. Sin embargo, los cuatro jóvenes alegaron que fueron los policías quienes se acercaron por detrás sin identificarse. Fundamentan su defensa en la ausencia de toda clase de signo identificativo policial. Los policías no llevaban puesto el uniforme, así como tampoco encendieron las luces del vehículo policial, ni portaban placa identificativa alguna. Constataron además no conocer su condición de policía hasta el momento final en el que el joven J se encontraba en el suelo y uno de los policías le gritó “Estás detenido. Y tu amigo también”.

La sentencia del Tribunal a quo, condenó a los acusados de un delito de desobediencia a la autoridad y una falta de lesiones. Los acusados, interpusieron un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Navarra, basando la impugnación en el error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal inferior. Así, constataron

que la denuncia no había sido ratificada, que los policías y el taxista no habían sido examinados tal y como se solicitó, y la imposibilidad de contrastar la versión de la denuncia presentada por los policías.

Además, en el procedimiento estimaron que se habían producido diversas contradicciones. Entre ellas cabe destacar que el taxista determinó en el atestado que al ver el suceso se asustó y abandonó el lugar. Sin embargo, en su declaración confirmó que observó que la situación se había calmado antes de proceder a abandonar el lugar. Además, en la denuncia determinó que vio por el espejo retrovisor cómo uno de los chicos que se habían bajado del taxi golpeaba a uno de los agentes de paisano. En la declaración en el atestado determina que in situ vio como dos personas se abalanzaban sobre el policía, nada de golpear, incurriendo en una segunda contradicción.

Es clara por tanto, como he dicho anteriormente, la necesidad establecer un sistema de apelación que permita asegurar la revisión de la sentencia dictada por el Tribunal inferior. Así, en el siguiente supuesto la valoración sobre el conocimiento o desconocimiento por parte de los jóvenes sobre la condición de policía era esencial en el fallo. Se exigía que el Tribunal de apelación procediera a revisar lo valorado por el juez *a quo*, sin que ello implicara proceder a un nuevo juicio. A pesar de ello, el Tribunal de Apelación procedió a realizar la valoración de la prueba sin la oportuna vista, así como sin proceder a llevar a cabo las pruebas que no fueron realizadas en primera instancia por el órgano inferior. De esta manera, se atentó contra el derecho de los acusados a ser oídos en la segunda instancia reconocido en el art. 6. 1 del CEDH, cuando las características del proceso lo exigían.

En todo caso, cabe determinar que la valoración llevada a cabo por el juez superior se fundamentó en las declaraciones de los policías en el atestado judicial y el juicio, así como las del taxista y los acusados. Al descansar el fallo de la Audiencia sobre pruebas de carácter personal, y en especial, sobre la veracidad o no de las declaraciones, considero que la celebración de la vista era un requisito esencial. Como he citado anteriormente, no puede limitarse únicamente la vista a los supuestos de revocación de condenas o agravamiento de la condena, dado que ello implicaría desvirtuar los derechos del acusado al que la ley reconoce como verdadero y único sujeto titular del derecho al doble grado

de jurisdicción. ¿No implica ello en todo caso favorecer a la parte acusadora frente al acusado?

Considero que una solución al problema planteado que hubiera garantizado el principio de inmediación, requerido por la doctrina del TEDH, habría sido el visionado de la grabación del juicio por parte del Tribunal superior, con la consiguiente audiencia del acusado. De esta manera, se hubiera asegurado la contradicción e inmediación en la segunda instancia del acusado, sin por ello proceder a realizar un juicio totalmente nuevo.

Con ello, el Tribunal superior hubiera podido proceder a realizar una nueva valoración atendiendo a los aspectos comunicativos (narrados en el acta del juicio) y los no comunicativos. No debe olvidarse que en muchos procedimientos los aspectos no comunicativos son relevantes. Ciertamente es que en ningún caso el Tribunal dispone de los conocimientos psicológicos necesarios para proceder a un examen profundo y seguro de los signos y elementos no comunicativos, más es evidente que la práctica tras el enjuiciamiento de múltiples supuestos hace que adquieran experiencia en el campo psicológico. Con ello, de haber visionado la grabación, el órgano superior habría advertido el nerviosismo de los policías y el taxista al declarar, gestos que muchas veces delatan la dificultad para cualquier persona de mentir en el tiempo. Así, se demuestra en las declaraciones contradictorias del taxista desde el atestado hasta la última declaración en el juicio. Además, convocando una vista con los acusados y testigos, el Tribunal hubiera podido aclarar aquellos aspectos difusos sobre los que la grabación no le hubiera aportado total claridad.

Cabe destacar sin embargo ante mi contacto directo con el caso la necesidad de la mejora de los medios de grabación en los Tribunales del Juzgado de Pamplona, sobre todo, teniendo en cuenta los avances tecnológicos en el mundo actual. La inversión en mejores medios de grabación audiovisuales a pesar de conllevar inicialmente un elevado gasto, de admitirse la grabación del juicio y la vista como medios suficientes para garantizar el principio de inmediación y contradicción, con el paso del tiempo implicaría la reducción de elevados costes. Entre ellos, al no tener que repetir nuevamente las pruebas por ser suficiente el visionado del juicio, se reduciría los costes que la repetición implica. El coste más importante que permitiría reducir sería en término tiempo, ante las dilaciones de los procedimientos en los juzgados de Pamplona por el elevado número de

asuntos de los que conocen. No cabe olvidar que la celeridad en el conocimiento de los asuntos está ligado al principio contra toda dilación indebida en los procedimientos, así como favorecería evitar el sufrimiento psicológico para las partes por estar inmersas en un procedimiento judicial.

La grabación del juicio oral es posible ante los cambios introducidos por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre que establecía en su art. 743. 1 la grabación de las sesiones de juicio oral. Así, cierto sector doctrinal propone la reproducción de la prueba grabada en el juicio en primera instancia, no exigiendo así la repetición de nuevas pruebas (y por consiguiente, un nuevo juicio). Solución que considero más adecuada y ventajosa para asegurar las garantías procesales y derechos de las partes.

No obstante, el TC parece no compartir el mismo criterio tal y como expresó en la STC 120/2009 de 18 de mayo⁵¹ al considerar que el criterio de inmediación exige que concurren en el espacio y en el tiempo el sujeto que declara y el órgano encargado de juzgar el litigio⁵². Así “cualquier modo de practicarse las pruebas que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista”.⁵³

⁵¹ La STC 120/2009 otorgó el amparo a los recurrentes y determinó la nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de marzo de 2006, que revocaba la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid del 6 de julio de 2005

⁵² STC 120/2009 de 18 de mayo FJ 5

⁵³ STC 120/2009 de 18 de mayo FJ 6

III. CONCLUSIONES

Califico de excesiva la negativa del TC, que en su afán de garantizar los derechos del acusado en la segunda instancia mina el sistema legal del recurso de apelación acarreando consecuencias adversas tanto para el acusado como para el acusador.

En primer lugar, El TEDH exige la celebración de una vista que otorgue la posibilidad al acusado de actuar conforme al derecho de contradicción conferido; por lo que el visionado de la grabación de las pruebas practicadas en primera instancia con la consiguiente celebración de una vista donde el sujeto y el juez estén en el mismo espacio temporal parece un procedimiento entonado y ajustado a las exigencias constitucionales.

En segundo lugar, el visionado y audiencia en segunda instancia conlleva un menor coste, así como evitaría la repetición de un nuevo juicio y las consiguientes dilaciones indebidas que produciría repetirlo en su totalidad.

¿De qué sirve un recurso de apelación que no permite revisar las pruebas realizadas en primera instancia por el Tribunal de apelación en base a la doctrina constitucional, ni tampoco posibilita repetir las pruebas salvo en supuestos excepcionales de acuerdo con la LECrim? Un absurdo

En tercer lugar, considero que una vía alternativa que permitiría equilibrar los principios constitucionales y derechos fundamentales es aquella que permite reproducir en el acto de la vista la grabación de las sesiones del juicio en primera instancia, asegurando la contradicción de las partes en segunda instancia. El visionado de la grabación en ningún caso supone la repetición de las pruebas (art. 790.1 y 791 LEC). Permite que el Tribunal de segunda instancia “inmedie” las pruebas que han sido practicadas ante el Tribunal inferior, estando presente la parte acusada y acusadora para su posterior intervención en torno a aquellos puntos que supongan una contradicción. La intervención no debe implicar en ningún caso un segundo interrogatorio, dado que en tal caso se estaría procediendo a realizar nuevas pruebas.

Así, el Tribunal de apelación puede observar no sólo el contenido fáctico relatado durante el juicio oral, sino los gestos o incluso el tono de voz de quienes intervinieron durante la sesión oral. Aspectos que cobran gran relevancia y aportan información notoria

antes de proceder al fallo del recurso. En todo caso, la revocación de una sentencia absolutoria en primera instancia exige que el acusado absuelto sea oído por el Tribunal de apelación, garantizando la efectiva protección del principio de contradicción del acusado.

Alternativamente, destacar que el visionado del juicio entraña ciertas dificultades en España por los escasos medios electrónicos con los que cuentan los Tribunales españoles. Atribuir al visionado de la grabación el carácter de prueba inmediata por el Tribunal superior asienta la necesidad de dotar a las salas de mejores medios audiovisuales que permitan un correcto visionado y grabación de lo actuado en el juicio oral. Es cierto que conlleva inicialmente un elevado coste la adquisición de los medios audiovisuales, más también implicaría la reducción de las pruebas practicadas en segunda instancia, mayor rapidez del juicio, y por ende una menor dilación de los procedimientos penales. Además, permitiría asegurar el principio de inmediación en la segunda instancia sin tener que proceder a la realización de un nuevo juicio, con todo lo que supone. No cabe olvidar que el Tribunal de apelación tiene naturaleza revisorí, y como tal, le concierne revisar lo actuado por el juez *a quo*, no proceder a un juicio totalmente nuevo.

En última instancia, destacar que otro de los grandes problemas que giran en torno al recurso de apelación ante la interpretación del Tribunal Constitucional es la restricción de la revisión de las sentencias, dado que el TEDH en ningún caso hace mención ni diferencia entre sentencias absolutorias o condenatorias al regular el principio de inmediación en la segunda instancia⁵⁴. El principio de inmediación se extiende sobre la

⁵⁴ El Anteproyecto de ley de 27 de julio de 2011 plantea una solución innovadora y cuando menos revolucionaria, y probablemente criticable. En su Exposición de Motivos propone que sea un órgano colegiado el encargado de llevar a cabo el enjuiciamiento en la primera instancia; con el consiguiente incremento de racionalidad en la valoración de las pruebas. En segundo lugar sugiere distinguir las razones de impugnación según sea recurrida una sentencia absolutoria o condenatoria. Frente a las sentencias absolutorias suprime que las partes acusadoras puedan fundar su impugnación en base al error en la apreciación de la prueba por no disponer de los mismos beneficios que el reo.

En primer lugar, podrán recurrir ante la infracción de ley sustantiva o procesal. En segundo lugar, cuando sea parte apelada y se plantee la revisión de una condena (en ningún caso absolución) “podrán solicitar la repetición de la prueba practicada en primera instancia si se practican en apelación nuevos

segunda instancia, tal y como ha determinado la jurisprudencia del TEDH, con respecto a sentencias condenatorias como absolutorias por entender que también en la segunda instancia se deben respetar los principios constitucionales del proceso penal. Sin embargo, dicha extensión ha conllevado a olvidar los derechos fundamentales del acusado y de la acusación.

Vetar y vaciar de contenido el recurso de apelación fundamentándose en la existencia del recurso de casación como medio de impugnación no es sino caer en una violación de los preceptos procesales penales. No cabe olvidar que el recurso de casación tiene carácter excepcional al proceder su interposición ante supuestos excepcionalmente tasados en la ley. Además, en ningún caso la legislación le ha atribuido carácter revisorio al Tribunal de casación, siendo su función inminente el control de la legalidad y la correcta aplicación de las normas procesales. No debe cumplir ni se le debe atribuir de ningún modo la función de segunda instancia.

medios de prueba, pudiendo sustituirse por la lectura del acta o visionado de la grabación si todas las partes están conformes”. Sin embargo, cuando el recurrente sea el condenado y se enfrente a una sentencia condenatoria, puede fundar el recurso en cualquier motivo, al ser los verdaderos titulares del derecho a la segunda instancia, pudiendo incluso solicitar la revisión de la valoración probatoria. En este caso, la vista únicamente es viable cuando lo solicite el reo o se solicite la práctica de nuevas pruebas ante el Tribunal de apelación.

En un intento de una adaptación completa a la legislación internacional, el art. 636 del Anteproyecto manifiesta que “en ningún caso podrá el Tribunal de apelación resolver en perjuicio del acusado sin haberle citado para ser oído personalmente en una vista”, lo que conlleva una protección de las garantías del reo.

Es cierto que la propuesta del Anteproyecto satisface las exigencias garantistas del CEDH, sin embargo también conlleva ciertos riesgos al implicar la desigualdad de partes por privar a las partes acusadoras de impugnar una sentencia sobre la base de error en la valoración de las pruebas. En este caso supone olvidar los derechos de las víctimas y del Ministerio Fiscal que encontrarán imposible atacar sentencias absolutorias en las que el Tribunal de primera instancia ha cometido una valoración incorrecta.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ÁLCACER, RAFAEL, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*. Tirant lo Blanch
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2010,
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. “Límites a las facultades revisorias de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de inmediación y derecho de defensa”. en *Revista de derecho penal y criminología*”, Núm. 3º. Época núm. 9. 2013
- GARCÍA CALVO Y MONTIEL, R. “El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002”. En *Constitución y Garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2003
- GÓMEZ RECIO, F. “La sentencia 167/2002 del TC o como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal”. En *La ley* núm. 5766, 2003. Página 2. Establece que: “A pesar de que la ley no admitía ni admite la repetición de la prueba, el Constitucional siempre reconoció al Tribunal *ad quem* plenitud de jurisdicción, configurando el recurso de apelación como un nuevo y total reexamen de la causa... y ello a pesar de no haber estado presente en su práctica”.
- RICHARD GONZÁLEZ, M, *La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal*. Cap. VIII de la obra “Estudios sobre prueba penal. Volumen III” Editorial la Ley, Madrid, 2013.
- RICHARD GONZÁLEZ, M. “Análisis crítico de la jurisprudencia del TC sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal”, en *La Ley* 81/2013. Nº 8014. 1 de febrero de 2013

- JORGE BARREIRO, A. “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, en *Jueces para la democracia* 48, 2003
- LLORENTE SÁNCHEZ – ARJONA, M. *La segunda instancia en el proceso penal*. Editorial Comares, Granada, 2000
- POZO VILLEGAS, J.L, Guía básica de los recursos en el proceso penal. Dykinson. 2002
- SÁNCHEZ YLLERA, I., “Facultades de valoración del Tribunal ad quem (especial referencia a la STC 167/2002)” en: *Los recursos de casación y apelación penal, Estudios de derecho judicial*, CGPPJ, 2006
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M “¿Es la inmediación judicial causa de indefensión para las partes?” en *Actualidad jurídica, Aranzadi* núm. 776
- *El derecho a recurrir y a la revisión de la prueba en el proceso penal:*
- Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

IV. JURISPRUDENCIA

- STEDH 26 de marzo de 1988 (Ekbatani contra Suecia)
- STEDH 26 de mayo de 1988
- STEDH 8 de febrero de 2000 (Cooke contra Austria)
- STEDH de 27 de junio de 2000 (Constantinescu contra Rumanía)
- STEDH 25 de junio de 2000 (Tierce y otros contra San Marino)
- STEDH 15 de julio de 2003 (Forcellini contra San Marino)
- STEDH 15 de julio de 2003 (Stefanelli contra San Marino)
- STEDH 6 de julio de 2004 (Dondarini contra San Marino)
- STEDH de 28 de junio de 2005 (Hermi contra Italia)

- STEDH 10 de marzo de 2009 (Iguual Coll contra España)
- STEDH 29 de septiembre de 2009 (Lajos Kiss contra Hungría)
- STEDH 21 de septiembre de 2010 (Barrios contra España)
- STEDH 13 de diciembre de 2011 (Valbuera Redondo contra España)
- STC 102/1994 de 11 de abril de 1994
- STC 167/2002 de 18 de septiembre de 2002
- STC 170/2002 30 septiembre
- STC 198/2002 26 de octubre
- STC 10/2004 de 9 de febrero
- STC 143/2005 de 6 de junio
- STC 170/2005 de 20 de junio
- STC 272/2005 de 24 de octubre de 2005
- STC 74/2006 de 13 de marzo
- STC 328/2006 de 20 de noviembre
- STC 64/2008 de 26 de mayo
- STC 124/2008 de 20 de octubre de 2008
- STC 120/2009 de 18 de mayo
- STC 46/2011 de 11 de abril
- SAP Madrid Sección 17 458/2006 de 8 de junio
- SAP Sevilla Sección 1ª 305/2007 de 28 de mayo
- SAP Barcelona Sección 20ª 427/2007 de 3 de mayo
- SAP Madrid Sección 6ª 42/2007 de 6 de febrero
- SAP Guipúzcoa Sección 2ª 2032/2007 de 18 de mayo