

EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN PENAL:
¿UNA EXIGENCIA DEL DERECHO
INTERNACIONAL?-

POR JOSÉ IGNACIO PEREZ VILLAMIL
MAGISTRADO

SUMARIO.-

- I) INTRODUCCIÓN.**
- II) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y PRELEGISLATIVOS: EL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS COMO DESENCADENANTE DE LA REFORMA.**
- III) EXAMEN DE LOS DICTAMENES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA. EVOLUCIÓN DE SU DOCTRINA.**
- IV) LA OTRA REFERENCIA INTERNACIONAL EN LA MATERIA: EL PROTOCOLO NUMERO 7 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**
- V) LA APELACIÓN COMO RECURSO PARA GARANTIZAR LA SEGUNDA INSTANCIA.**
- VI) CONCLUSIONES.**

D) INTRODUCCIÓN.

En una primera aproximación al tema que ahora me sirve de preceptivo discurso de ingreso en esta Academia, allá por el año 2006¹, había prescindido de los interrogantes pues, tanto el prelegislador como el Comité de Derechos Humanos (CDH) de la ONU entendían, sin fisuras, que la casación penal española, aun en su versión “ampliada”, no satisfacía las exigencias del *artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, que reconoce el derecho del condenado por delito a que su causa sea revisada por un Tribunal Superior y, en consecuencia, era necesario abordar e instaurar la llamada “segunda instancia penal”, para revisar las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en única instancia².

En la actualidad las últimas resoluciones del CDH que apuntan en el sentido contrario, (conformidad de nuestra casación penal “ampliada” con el referido artículo 14.5 del PIDCP), cuando menos generan dudas acerca de si la implantación de la “segunda instancia penal”, en forma de recurso de apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional responde a exigencias de la normativa internacional referida o, fundamentalmente, a otras motivaciones, igualmente respetables e incluso lógicas, como son las de descargar al Tribunal Supremo de una función que en la práctica respondía a una segunda instancia, desvirtuando su competencia

¹ I Encuentro de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, organizadas por el CGPJ, celebradas en Vitoria los días 28 a 30 de junio de 2006. “La segunda instancia penal”.

² Nuestro sistema de recursos penales resultaba absolutamente ilógico y desproporcionado pues las faltas (ahora delitos leves) y los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 5 años gozaban de recurso de apelación, mientras que los delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a 5 años se conocían en única instancia, y sólo a través de una progresiva flexibilización doctrinal del recurso de casación, que terminó por desnaturalizar su función nomofiláctica, logró adecuarse parcialmente nuestro ordenamiento procesal a las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Preciado Domenech, C.H., “La generalización de la apelación tras la Ley 41/2015 de 5 de octubre”.

nomofiláctica y uniformadora en la interpretación de las normas, a la vez que se dota de competencias a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, a las que se les encomienda el nuevo recurso de apelación. Trataré, a continuación, de responder a dicho interrogante.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Crim) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha dado carta de naturaleza, a partir del 6 de diciembre de 2015 (fecha de entrada en vigor) a la tan reclamada y anunciada “segunda instancia penal” contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, introduciendo un nuevo artículo 846 ter, añadiendo un párrafo tercero en el apartado 2 del artículo 790 y modificando el artículo 792, al que da nueva redacción.

La Exposición de Motivos (Apartado IV) justifica, en este aspecto, la reforma con los siguientes argumentos: *“Pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al*

contenido de la sentencia que el órgano ad quem podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanarían del principio de inmediación. En relación con lo primero, cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad”.

Pone de relieve, pues, el legislador que la generalización de la segunda instancia penal mediante la instauración de un nuevo recurso de apelación, (ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional), es una exigencia (“desarrollo”) del derecho que a todo **condenado** por delito reconoce el artículo 14.5 del PIDCP de que su causa sea sometida a revisión ante un tribunal superior. Reconociendo que la actual falta de regulación había obligado al Tribunal Supremo a “flexibilizar” (ampliar) el “entendimiento” (interpretación) de los motivos del recurso de casación, en un intento de dar cumplimiento a la exigencia del referido Pacto Internacional, actuando en la práctica como una segunda instancia y “desvirtuando su función como máximo interprete de la ley penal”. Como consecuencia la reforma contempla y regula una remodelación de la casación penal con la finalidad de “conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal”, “haciendo posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación” estableciendo distintas medidas que “actuaran como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable”.

II) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y PRELEGISLATIVOS: EL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS COMO DESENCADENANTE DE LA REFORMA.-

La efectividad y generalización de la llamada “segunda instancia penal” devenía obligada desde que la **Ley Orgánica 19/03, de 23 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)** reconoce en su Exposición de Motivos (EM) que “el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001 fija entre sus objetivos que *“la Justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos mas modernos y procedimientos menos complicados...”*. Para ello se hace preciso abordar una profunda reforma de la LOPJ, entre las que destaca la generalización de la segunda instancia penal *“potenciándose las Salas de lo Penal de los TSJ 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.”* Con esa finalidad se reformaron los Arts. 64 y 73 y se crea un nuevo Art. 64 bis, de la LOPJ.

La disposición Final segunda de la referida LO 19/03 estableció que: *“En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley”*.

En cumplimiento de dicha Disposición el Gobierno aprobó el **Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de Casación y se generaliza la doble Instancia Penal, presentado el 26 de diciembre de 2005**, proyecto que no pasó del trámite de presentación de enmiendas, caducando al final de la VIII legislatura, en cuya Exposición de Motivos explicaba que :“ *En el orden penal la reforma procesal se orienta...a culminar la generalización de la segunda instancia penal que, iniciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre, diseña el procedimiento a seguir para satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto*”.

El **Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011** insistía en su Exposición de Motivos: “*Desde el dictamen 20 de julio del año 2000, en el caso “Cesáreo Gómez”, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas viene condenando reiteradamente a nuestro país por incumplimiento del derecho a la doble instancia. La superación de esta situación, que se hace más acuciante desde la ratificación en el año 2009 (el Instrumento de ratificación se publicó en el BOE de 15-10-09 y entró en vigor el 1-12-09) del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, obliga a tomar varias decisiones fundamentales sobre el modelo y el ámbito del recurso de apelación*”.

El **Anteproyecto de Código Procesal penal de 2013**, igualmente en su exposición de Motivos argüía para justificar la reforma en materia de recursos : “*En primer lugar la generalización de la apelación para hacer efectiva la doble instancia tal y como ya viene anunciado en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde la reforma de 2003 (art. 73) en previsión todavía no desarrollada y que obedeció a una serie de dictámenes del Comité de Naciones Unidas para protección de los derechos humanos reprochando a España no contar con un sistema que satisficiese de forma adecuada el derecho de toda persona a que su condena penal sea revisada por un Tribunal superior. Los angostos cauces*

casacionales no satisfacen de manera plena ese derecho, pese al ensanchamiento de que han sido objeto a través del derecho a la presunción de inocencia. La nueva Ley afronta ya esa sentida exigencia: todas las sentencias dictadas en un proceso penal quedan abiertas a la revisión a través de un recurso de apelación”.

Parece, pues, que la implantación de la doble instancia penal por medio de la generalización del recurso de apelación viene motivada, entre otras razones nada desdeñables, (no desvirtuar la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal, descargando de trabajo a su Sala Segunda), por las resoluciones del Comité de Derechos Humanos³ y, en consecuencia, por la obligación internacional del Estado español de dar cumplimiento a aquellas, que, al considerar la casación penal, al menos en los casos sometidos a su consideración, entendieron que no cumplía con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto.

III) EXAMEN DE LOS DICTAMENES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA. EVOLUCIÓN DE SU DOCTRINA.-

³ Pese a lo que ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 70/2002, no cabe la menor duda de que el Comité es el intérprete auténtico u oficial del Pacto (PIDCP), como el propio TC lo es de la Constitución, pues ambos ejercen respecto a sendos textos su función institucional.

Según el TC los dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales ni obligatorias. No obstante han de tenerse en cuenta a efectos interpretativos de conformidad con lo dispuesto en el Art. 10.2 CE. Además España se adhirió al Protocolo Facultativo 1 al PIDCP, por instrumento de 17 de enero de 1985, entrando en vigor el 25 de Enero de 1985 reconociendo la competencia del Comité de DH para conocer de las quejas de individuos (comunicaciones individuales) que se hallen bajo la jurisdicción del Estado.

Pese a la falta de obligatoriedad de los Dictámenes del Comité de DH, la publicación de los mismos constituye un medio de “sanción moral” internacional frente al Estado que ha cometido la vulneración de los derechos reconocidos en el Pacto. Al mismo tiempo los Estados deberán incluir en los informes periódicos a presentar al Comité una sección sobre la forma en que han dado cumplimiento a los dictámenes del comité que les afecten.

El artículo 14.5 del PIDCP, de 16 de diciembre de 1966 (que fue firmado por España el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1971, entrando en vigor en nuestro país el 27 de julio de 1977), establece que: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que le haya sido impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley”*

El referido precepto y lo dispuesto en el Art. 2 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE 15-10-09, dan cuenta de las obligaciones internacionales asumidas por España, en los diferentes ámbitos de protección de los derechos Humanos, en relación con el tema que nos ocupa.

Pero veamos lo que ha dicho el CDH respecto de la casación penal española en los Dictámenes que a continuación expondremos, para poder elucidar el porqué de la conclusión negativa del cumplimiento de tal recurso extraordinario de las garantías exigidas por el Pacto en su artículo 14.5, en los casos sometidos a su consideración, así como la posterior evolución en otros supuestos que parecen conducir a la conclusión contraria, y si de ello podemos extraer consecuencias en relación con el modelo de apelación acogido en la Ley 41/15.

En el ya famoso Dictamen de 20 de Julio de 2000, en la Comunicación presentada por **Cesáreo Gómez Vázquez**, el Comité concluyó que el fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta al condenado **no fueron revisados íntegramente, al limitarse dicha revisión a los aspectos formales o legales** de la sentencia, incumpliendo las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Es conveniente, para una recta inteligencia del Dictamen, exponer sintéticamente los antecedentes que dan lugar a la decisión.

Cesáreo Gómez Vázquez interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, que le condeno a 12 años y un día de prisión, por delito de asesinato en grado de frustración. En la vista oral el acusado negó su participación en los hechos ofreciendo una coartada en base a las declaraciones de dos testigos. La Audiencia no otorgó credibilidad a estos testigos, amigos del acusado, y si se la otorgó a los de la acusación que corroboró la versión mantenida por ella, recogida en la sentencia. El recurso de casación ante el Tribunal Supremo no tuvo éxito, pues los motivos alzados por la defensa al amparo de la presunción de inocencia y de error de hecho en la apreciación de la prueba, fueron rechazados por nuestro más alto Tribunal, con dos únicos fundamentos de derecho que se recogen en el Dictamen del Comité del siguiente tenor:

“...siendo también de destacar en este orden de cosas que tales pruebas corresponden ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal “a quo”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

... El recurrente, por tanto, reconoce la existencia de múltiples pruebas de cargo y sus razonamientos únicamente se concretan en interpretarlas a su modo y manera, dialéctica impermisible cuando se alega este principio de presunción de inocencia, pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una segunda instancia.

... del principio “in dubio pro reo, la solución desestimatoria es la misma pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que, como hemos dicho y repetido, nos es impermisible.”

El TS, al menos en este recurso, basa su decisión desestimatoria en la afirmación de que la valoración de la prueba corresponde en exclusiva al Tribunal “a quo” y que el principio “in

dubio pro reo” (duda razonable sobre la culpabilidad) no tiene acceso a la casación.

Podemos, sin riesgo, concluir que lo que sostiene el TS es la imposibilidad de revisar el juicio sobre los hechos, resultado de la valoración de la prueba, por vía casacional. Y tal constatación es la que conduce al Comité a afirmar que tal sistema impide la “revisión íntegra” del fallo condenatorio y de la pena impuesta, al limitarse la casación española a los aspectos formales o legales de la sentencia. Dicho de otra forma, **el art. 14.5 del PIDCP, según la interpretación del Comité, requiere un recurso que posibilite una revisión efectiva no solo de la legalidad sino también de los hechos.**

Frente a este Dictamen el pleno de la Sala Segunda del TS decidió, en su reunión de 13 Septiembre de 2000, dar cumplimiento al dictamen sin perjuicio de lo que se decida por el tribunal que en su día conoció del recurso de casación, afirmando que la actual configuración de la casación permite una revisión efectiva de las sentencias condenatorias dictadas en primera instancia. Posteriormente la Sala II del TS en auto de 14-12-01 ratifica que el recurso de casación cumple con la exigencia del Art. 14.5 del PIDCP, en respuesta a la solicitud de la defensa del condenado de revisión del juicio en base al dictamen del CDH. Resulta llamativo que el auto referido haga mención del Protocolo 7 al CEDH, que en aquel momento no había sido ratificado por España y cuyos niveles de protección son más débiles, en este punto, que los exigidos por el PIDCP.

Voces autorizadas, pero también interesadas (dada su pertenencia en aquel momento a la Sala Segunda del TS y ponente del anterior auto) como el Magistrado y catedrático Bacigalupo Zapater⁴, se alzaron contra el referido Dictamen, calificándolo de desafortunado y desinformado, al mantener que se refiere a una casación que no es la que realmente existe en España ya que, según

⁴ Bacigalupo Zapater, E. , “Doble instancia penal y principio de inmediación (A propósito de la llamada doble instancia)”. Actualidad Penal, 2002, número 12, pág. 277 y ss.

el autor, "el objeto de nuestra casación alcanza inclusive al juicio del Tribunal de instancia sobre la prueba, y , en particular, a su respeto a las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, así como a la legalidad de la prueba en la que se funda el fallo. No es correcto, consecuentemente, decir que la casación española "no permite revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia ley señala", pues, como hemos visto hace casi dos décadas que la interpretación del art. 849.1 de la Lecrim ha dejado de ser restrictiva , y el art. 849.2 de la misma ley ya no es el único caso en que el TS puede controlar los hechos probados...Mas aun : nuestra jurisprudencia ha abandonado desde hace mucho tiempo la antigua idea de que el principio "in dubio pro reo" no permite fundamentar el recurso de casación y admite que cabe la casación de las sentencias cuando el tribunal que ha dudado ha condenado".

Pero la censura del CDH al sistema casacional penal español ha continuado en la medida en que se fueron presentando comunicaciones de los afectados.

Así en otro **Dictamen, de 30 de Julio de 2003**, en la Comunicación nº 986/02, presentada por **Joseph Semey**, el Comité concluye: "El Comité toma nota de los argumentos del autor respecto a una posible violación del 14.5 del Pacto, al no volver a evaluar el Tribunal Supremo las circunstancias que llevaron a la Audiencia Provincial a condenarle. El Comité nota también que según el Estado Parte el Tribunal Supremo si revisó la valoración de las pruebas del tribunal sentenciador. No obstante la posición del Estado parte de que las pruebas fueron revisadas en casación, y sobre la base de la información y documentos en manos del Comité, este reitera el dictamen del caso Cesáreo Gómez Vázquez y considera que **la revisión no es completa** de acuerdo con el artículo 14.5 del Pacto...considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, respecto a Joseph Semey."

Joseph Semey, ciudadano canadiense y camerunés, fue condenado por la Audiencia Provincial de Las Palmas, el 18 de Febrero de 1995, por un delito contra la salud pública, interpuso recurso de casación ante el TS alegando su inocencia, siendo

desestimado el recurso. Entendiendo haber sido víctima de varias violaciones del PIDCP, entre ellas, por lo que nos interesa, la del art. 14.5 presento la correspondiente Comunicación al Comité que dio lugar al Dictamen ahora examinado.

En dicha Comunicación la representación de Semey afirma que el TS no revisó las pruebas en las que la Audiencia se basó para condenarle. El TS en su sentencia desestimatoria del recurso de casación, de fecha 16 de Mayo de 1996, en síntesis, viene a decir que la credibilidad otorgada a unos testigos y negada a otros, por la sentencia impugnada en casación, es cuestión que escapa al control del TS. Y, respecto al "in dubio pro reo", afirma que si el Tribunal de instancia no ha dudado, esta fuera de lugar la invocación de aquel principio. No obstante en esta sentencia el TS, ajustándose al modelo de la llamada "casación ampliada", examina la actividad probatoria de cargo en lo concerniente a su estructura lógica, al objeto de enervar la presunción de inocencia, manteniendo que el tribunal "a quo" no condene en el vacío, ni al valorar la prueba vulnero los principios de la lógica, las leyes científicas o las máximas de experiencia, criterio este que es el que delimita el control casacional sobre los hechos.

En conclusión, tampoco la revisión parcial de la cuestión fáctica llevada a cabo por el TS, en esta ocasión, pasa el filtro del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Para finalizar con las resoluciones del Comité que concluyen que nuestro modelo de casación penal no satisface el derecho a la doble instancia, reseñar tres asuntos más.

El primero, Comunicación N^o 1007/2001, presentada por el Sr. **Manuel Sineiro Fernández**, dio lugar al **Dictamen de 7 de Agosto de 2003** en el que nuevamente el Comité considero que España cometió una violación más del art. 14.5 del PIDCP, al constatar que la condena solo fue revisada parcialmente por el TS, ante *"la imposibilidad del Tribunal Supremo, como única instancia de apelación, de revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera*

instancia...”, ya que “una nueva valoración del material probatorio en el que se baso el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones”. Por tanto, concluye, “la revisión integra de la sentencia y del fallo le fueron denegadas al autor”.

En el **Dictamen 1 de Noviembre de 2004**, que responde a la Comunicación presentada por D. José María Alba Cabriada, el Comité razona del siguiente tenor:

“...El Comité observa que el Tribunal Supremo declaró expresamente que no tenía competencia para proceder a realizar una nueva valoración de los hechos que sirvieron de fundamento para la condena del autor, función que el Tribunal estimó como privativa y exclusiva del tribunal de primera instancia. Por otra parte el Tribunal Supremo evaluó si se había o no violado la presunción de inocencia del autor procediendo a constatar que existían indicios de culpabilidad en su contra, que esos indicios eran plurales, concomitantes y estaban interrelacionados, y que el razonamiento utilizado por el tribunal sentenciador para derivar la responsabilidad del autor de esos indicios no era arbitrario puesto que se basaba en reglas de lógica y experiencia. Es en relación a este contexto que el Comité debe examinar si la revisión efectuada por el Tribunal Supremo es compatible con la que establece el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”.

Y, continúa sus razonamientos:

“...El Comité toma nota de los comentarios efectuados por el Estado Parte sobre la naturaleza del recurso de casación, en particular que el Tribunal de segunda instancia se limita al examen de si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia. Como el Comité ha decidido en anteriores comunicaciones, (701/1996; 986/2001; 1007/2001), este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no esta de acuerdo con las exigencias del artículo 14, párrafo 5. Por lo tanto, dada la limitada revisión efectuada por el Tribunal Supremo en el caso del autor, el Comité concluye que el autor es víctima de una violación del art 14, párrafo 5, del Pacto”.

A las mismas conclusiones llegó el Comité en su **Dictamen de 29 de Marzo de 2005**, en la comunicación Nº 1104/2002, presentada por D. **Antonio Martínez Fernández**, en relación con la desestimación, por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, constituida en Sala de lo Militar, de su recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Militar Territorial Segundo, que le condenó por delito de desobediencia. En las consideraciones sobre el fondo se dice: *“El Comité observa que la cuestión principal en el proceso penal contra el autor era la evaluación de su capacidad para cumplir con sus obligaciones militares, lo que implica una evaluación de hechos. El Comité toma nota de los comentarios del Estado Parte sobre la naturaleza del recurso de casación, en particular que el tribunal de segunda instancia se limita al examen de si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia. Como el Comité ha decidido en anteriores comunicaciones, este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no es compatible con las exigencias de artículo 14, párrafo 5”*.

En definitiva, lo que parece exigir el Comité en estos dictámenes es un nuevo examen de los hechos y de la prueba, de su valoración, por el tribunal superior, no siendo suficiente el análisis de la estructura lógica de la misma, ni tan siquiera el control “ceñido riguroso y eficaz” (Igartua Salaberria, Juan)⁵ sobre el razonamiento probatorio realizado por el tribunal de instancia, para dar satisfacción al art. 14.5 del Pacto, tantas veces aludido.

Resulta particularmente relevante la posición del Comité respecto de los “aforados”, manifestada en el Dictamen nº **1073/2002: Jesús Terrón**. En esta el Comité se pronuncia sobre el margen de apreciación de los Estados y sobre la excepción de los supuestos de aforados ante el más alto Tribunal, incluso en los casos en que éstos puedan renunciar, y no lo hagan, al aforamiento.

⁵ Igartua Salaverria, Juan. “El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio”. Ed. Civitas, 2004

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. El Comité recuerda que la expresión “conforme a lo prescrito por la ley” no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. 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.** En consecuencia, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación.

También el Comité, en el Dictamen nº 1211/2003 (caso Oliveró Capellanes), ha considerado que existe violación del artículo 14.5 del PIDCP respecto de los acusados no aforados que, por razón de conexidad subjetiva, se ven sometidos al Tribunal competente para enjuiciar al aforado sin posibilidad de segunda instancia.

Como luego veremos el PIDCP es mas estricto, en este punto de los aforamientos, que el **Art. 2 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Proyección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, ratificado por España.

No obstante, como señala la STS nº 681/2013, de 23 de septiembre, (Ponente del Moral García), “posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité de Naciones Unidas considera adecuada y suficiente la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación.

La Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 PARRA CORRAL c. España, 4.3) señala en esa dirección que *“la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del*

Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena”.

Igualmente la **Decisión de 25 de julio de 2005**, (comunicación núm. 1399-2005), CUARTETA CASADO c. España, § 4.4, destaca que *“con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual”.*

Del mismo modo, la **Decisión de 25 de julio de 2005** (comunicación núm. 1389-2005), BERTELLI GÁLVEZ c. España, § 4.5, pone de manifiesto que *“en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés”.*

Por último, la **Decisión de 28 de octubre de 2005** (comunicación núm. 1059-2002) CARBALLO VILLAR c. España, § 9.3, afirma que *“con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para*

contrarrestar la presunción de inocencia de aquél". Esa reflexión le lleva a considerar inadmisibile la queja fundada en la ausencia de doble instancia.

El cambio de orientación en la doctrina del Comité está consolidado. Además de los citados, en similar sentido se ha pronunciado en los dictámenes 1156/2003, de 18 de abril de 2006, 1094/2002 de 24 de abril de 2006, 1102/2002, de 26 de abril de 2006, 1293/2005, de 14 de agosto de 2006, 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006, 1892/2009⁶, y dictamen de 3 de febrero de 2012, entre otros.

En todos estos ellos la doctrina del Comité se centra en considerar que el TS ha examinado el fallo condenatorio y la sentencia impuesta por la Audiencia Provincial al dar motivada contestación a todas las alegaciones del recurrente y, en particular, se pronunció sobre la suficiencia de las pruebas en las que se basaron las condenas.

⁶ El dictamen del CDH que inadmitió la Comunicación en lo que aquí interesa es del tenor siguiente. "7.4 El Comité toma nota de las alegaciones del autor de que se le negó el derecho a que su sentencia condenatoria y pena fueran revisadas por un tribunal superior toda vez que el autor únicamente tuvo acceso al recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo, lo que en la práctica supuso la denegación al derecho de apelar la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Madrid. El Comité toma nota igualmente de los argumentos del Estado parte respecto a que, tal como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia del 26 de diciembre de 2007, el recurso de casación permite una amplia revisión de la prueba practicada en la instancia inferior, pudiendo revisar los fallos, tanto respecto a los hechos, la prueba como respecto al derecho.

7.5 El Comité observa que en su sentencia del 26 de diciembre de 2007, el Tribunal Supremo examinó el fallo condenatorio y la sentencia impuesta por la Audiencia Provincial de Madrid, y concluyó que existía prueba suficiente para confirmar la apreciación de los hechos realizada en primera instancia; que la aplicación del subtipo agravado del párrafo 6 del artículo 250 del Código Penal había sido adecuadamente aplicado; y que el fallo de la Audiencia Provincial de Madrid no explicaba de manera específica la motivación de las penas impuestas, por lo que el Tribunal procedió a establecer los criterios que motivaron la pena, ratificándola como correcta y proporcional a la gravedad del hecho. Por tanto, el Comité considera que las alegaciones relativas al artículo 14, párrafo 5 del Pacto, no se han fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad, y concluye que son inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8. En consecuencia, el Comité decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo;

El cambio de orientación de la doctrina del Comité es sustancial. Contradictoriamente con lo resuelto en el inicial *dictamen de 20 de julio del año 2000, en el caso "Cesáreo Gómez"*, que justifica la instauración de la doble instancia por la Ley 41/2015, entiende ahora que nuestro modelo de "casación ampliada"-que permite la fiscalización de la suficiencia de las pruebas que sirvieron de base a la condena en primera instancia- resulta compatible con las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP.

No obstante resulta significativo, y en parte nuevamente contradictorio con lo dicho hasta el momento, que el CDH en las "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, de 14 de agosto de 2015, en el párrafo 24, relativo a la "Doble instancia penal y secreto del sumario" manifieste que: *"El Comité toma nota de la información proporcionada por el Estado parte de que pretende reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el fin de restringir el recurso al secreto de sumario y garantizar el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. Sin embargo, le preocupa al Comité la demora en la adopción de esta reforma (art. 14).*

A la luz de las recomendaciones anteriores del Comité (CCPR/C/ESP/CO/5, para. 17 y 18), el Estado parte debe acelerar el proceso de reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y asegurar que garantice la plena aplicación del artículo 14 Pacto".

El párrafo 17 de las recomendaciones al 5º informe es del siguiente tenor:

"El Comité, aunque toma nota de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como de la reforma emprendida por el Estado parte respecto del recurso de casación, observa con preocupación que las medidas provisionales y parciales en vigor, y las previstas en el marco de la reforma, podrían no ser conformes con el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto (artículos 2 y 14 5) del Pacto).

El Estado parte debería tomar medidas necesarias y eficaces para garantizar el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. El Estado parte debería velar por que la Ley orgánica N° 19/2003 garantice plenamente la doble instancia penal". (Se refiere a la LO que reformó la LOPJ a la que se hizo referencia).

IV) LA OTRA REFERENCIA INTERNACIONAL EN LA MATERIA: EL PROTOCOLO N° 7 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.-

Como advertíamos anteriormente el artículo 2 del Protocolo n° 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) viene a completar la normativa internacional, que obliga a España, en relación con el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias por un Tribunal Superior.

El referido artículo es del siguiente tenor: *"1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.*

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución".⁷

⁷ Precisamente esta última excepción determinó que el Comité en el caso Mario Conde (Comunicación n° 1325/2004) estimase que existió violación del artículo 14.5 del Pacto al resultar este condenado en casación por el TS por dos cargos de los que había resultado absuelto en la primera instancia.

Es necesario destacar los diferentes niveles de protección que emanan del PIDCP y del artículo 2 del Protocolo nº 7 del CEDH, como se puso de relieve en relación con los aforados y de las condenas al resolver recursos contra sentencias absolutorias, que pueden excepcionarse por los Estados obligados.

El TEDH ante la diversidad de sistemas de revisión de sentencias condenatorias existente en el ámbito del Consejo de Europa, reconoce un “amplio margen de apreciación” a la normativa interna de los Estados. Como señala Preciado Domenech, C.H⁸: “En esta línea, el TEDH ha declarado que este amplio margen supone que **la revisión de una condena o sentencia por un tribunal superior pueden afectar tanto a cuestiones de hecho como de derecho; o bien limitarse exclusivamente a cuestiones de derecho** [STEDH de 24 de septiembre de 2015, caso Marcial Dorado c España]”.

En consecuencia, los Estados pueden limitar el alcance de la revisión por un tribunal superior en virtud de la referencia que en el apartado 1 del artículo 2 del Protocolo núm. 7 se hace a la ley nacional. De esta forma, en varios Estados miembros del Consejo de Europa, ese examen se limita a cuestiones de derecho o pueden requerir que la persona que desee apelar solicite permiso para hacerlo.

Por consiguiente, los sistemas como hasta hace poco el español, que establecen como único medio de revisión de la sentencia condenatoria un recurso extraordinario, como el de casación, no se consideran contrarios al art.2 del Protocolo.

Ahora bien, el reexamen por el Tribunal superior, en los casos de recursos de casación, no puede limitarse a su consecuencia unificadora de doctrina sin efectos en el caso concreto, pues de ser

⁸ Ob.cit.

así no se cumpliría con el derecho al reexamen de la declaración de culpabilidad o de la condena que establece el art.2 del Protocolo”⁹.

V) LA APELACION COMO RECURSO PARA GARANTIZAR LA SEGUNDA INSTANCIA.-

Como premisa ineludible conviene destacar que, como con todo acierto señala Igartua Salaberria¹⁰, “si algo dejó claro el Comité (en el Dictamen referente a Gómez Vázquez) es que no se fijaba en los nombres sino en las actuaciones; es decir que no le importaba como se llamara el tribunal (si de apelación o no) sino como revisaba la sentencia recurrida (solo lo relativo a la “quaestio iuris” o también lo concerniente a la “quaestio facti”)”. Así dijo en el asunto referido que “...el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el pacto...de que el fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisadas íntegramente”.

Precisa Montero Aroca¹¹ que la segunda instancia o doble grado jurisdiccional, puede concebirse de dos maneras, las tradicionalmente llamadas apelación plena y apelación limitada:

a) La apelación plena supone que el tribunal superior, al realizar el examen del tema de fondo y al decidir sobre el mismo, aparte de contar con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el tribunal de primera instancia, puede contar con otros materiales, pues las partes pueden hacer nuevas alegaciones y proponer nuevos medios de prueba. Es decir el tribunal superior puede contar, para tomar su decisión con elementos fácticos y probatorios de los que no conoció el órgano de primera instancia,

⁹ CUBERO MARCOS, J. I. en LASAGABASTER HERRARTE, I. “*Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*”. Ed. Civitas. Thomson Reuters. 2ª Edición. p.896

¹⁰ Ob. cit.

¹¹ Ponencia presentada en el I Encuentro de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia que, organizadas por el CGPJ, se celebraron en Vitoria los días 28 a 30 de junio de 2006. “Origen y Porvenir de las Salas de lo Civil y Penal”.

siempre que no se modifique la causa de pedir que sirve para identificar el objeto del proceso y la persona acusada. Por ello se dice entonces que se está ante un *novum iudicium*.

b) Por el contrario estamos ante una apelación limitada cuando el tribunal superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevas alegaciones de hechos, ni proponer nuevos medios de prueba (salvo supuestos excepcionales). El Tribunal Superior realiza un nuevo examen del objeto del proceso, de ahí que se hable de *revisio prioris instantiae*. Como gráficamente señala Gómez Orbaneja¹² el juez de la apelación no comprueba un resultado como se comprueba una operación matemática, sino que la hace otra vez con los mismos datos.

Y, concluye afirmando que, “en cualquier caso, para que estemos, por tanto, ante un verdadero recurso de apelación, también en la especie de limitado, es preciso que el tribunal superior pueda proceder a examinar y a decidir sobre todo el ámbito de lo debatido en el proceso y en la instancia, de modo que su competencia no se vea reducida respecto de lo que es el objeto del proceso. Si en el recurso se reduce el ámbito de lo que puede ser examinado y decidido por el tribunal superior ese medio de impugnación no es una apelación; esto es, no es un recurso ordinario; su naturaleza entonces es la de un recurso extraordinario, pues existen motivos legales predeterminados para la impugnación”.

También matiza Montero Aroca¹³, con rigor, que “cuando se interpone la apelación pidiendo la nulidad de la sentencia o del proceso no cabe hablar de segunda instancia, ni de apelación limitada, pues no se trata de lograr una segunda decisión sobre el objeto del proceso”, que modifique la de primera instancia pronunciándose sobre el fondo del asunto, sino que lo que se prende

¹² Derecho Procesal Civil, I 8ª edición Madrid 1976, p. 472. Edit. Artes gráficas y ediciones

¹³ Ob.cit.

es un control sobre el procedimiento con la pretensión de declaración de nulidad total o parcial de lo actuado.

Siendo ello así, sin entrar en mayores disquisiciones doctrinales sobre su verdadera naturaleza (podría cuestionarse su naturaleza de recurso ordinario al someterlo el legislador a motivos, aunque formulados de forma muy amplia, y limitar las facultades de revisión del *ad quem* respecto a las pruebas personales, sobre todo en las sentencias absolutorias), el recurso llamado de “apelación” por la Ley 41/2015, de cinco de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se pretende generalizar la segunda instancia penal y que se plasma en el nuevo artículo 846 ter, con remisión en lo concerniente a su régimen jurídico a lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 (apelación de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado por los Juzgados de lo Penal), se corresponde, según la doctrina mayoritaria, con el modelo de apelación, limitada “*revisio prioris instantiae*”¹⁴, “pues el órgano superior o *ad quem* se limita a examinar y decidir el objeto sometido a examen revisando los elementos facticos y probatorios del juez de primera instancia”.

El modelo por el que optó el legislador en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, es del recurso de apelación establecido para el procedimiento abreviado- artículos 790 a 793 de la L.E.Crim- con algunas importantes modificaciones, al que también remite el artículo 976 de la L.E.Crim, para la impugnación de las sentencias dictadas por el Juez de Instrucción en el nuevo procedimiento por delitos leves (antiguas faltas).

La reforma de la L.E.Crim. , operada por la Ley 41/2015, ha establecido regímenes de impugnación bien diferenciados, si tenemos en cuenta el motivo esgrimido, la pretensión ejercitada (de anulación o de sustitución de la condena o absolución por un pronunciamiento del Tribunal Superior contrario al de primera

¹⁴ Etxeberria Guridi, José F., Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, 23 ed. Juan Montero Aroca y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, octubre de 2015, pág... 460 y ss.

instancia) el sentido absolutorio o condenatorio de la sentencia impugnada y la consecuencia prevista por el legislador si el motivo es estimado por el Tribunal Superior:

A).-El primero de los motivos previstos por el legislador se refiere al **“quebrantamiento de las normas y garantías procesales”**, previsto en el artículo 790.2 en relación con el 792.2 de la L.E.Crim., y puede alegarse respecto de sentencias absolutorias o condenatorias, con idénticas consecuencias.

De estimarse, dará lugar a que el Tribunal Superior dicte un fallo anulatorio de la sentencia de primera instancia.

La viabilidad de este motivo exige que el vicio o defecto hubiera causado indefensión al recurrente, que deberá expresar las normas legales o constitucionales que considere infringidas, así como las razones de la indefensión. También debe acreditar que solicitó la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo que se hubiera cometido en momento en el que ya fuera imposible la reclamación.

Si la sentencia de segunda instancia estima este motivo las consecuencias legales son, como se dijo, la anulación de la sentencia impugnada sin entrar en el fondo del fallo, ordenando la reposición del procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de conservar su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

B).-El segundo motivo de impugnación al que se refiere el legislador es el **“error en la apreciación de las pruebas”**.

Aquí se prevén dos regímenes impugnatorios diferentes según se trate de sentencias absolutorias, o que la pretensión del recurrente sea la de agravar una condenatoria o condenatorias:

a) Cuando se impugnan **sentencias absolutorias o condenatorias con pretensión de agravación**, por el motivo de "error en la valoración de la prueba":

Era obligado para el legislador partir de la doctrina constitucional, establecida a partir de la famosa sentencia del TC 167/2002, que aplica la sentada por el TEDH al interpretar el artículo 6 del CEDH¹⁵, que proscribe la posibilidad de condenar en segunda instancia al acusado previamente absuelto en la primera, o agravar su situación respecto a la sentencia de primera instancia, sobre la base de una nueva valoración por el tribunal "ad quem" de las pruebas personales practicadas o del conjunto de la prueba efectuada sobre la culpabilidad o inocencia, ya sea sobre los elementos objetivos o subjetivos del delito, sin haberlas presenciado

¹⁵ Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. 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. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

con la necesaria inmediación y sin la declaración del acusado en una vista celebrada ante el órganos de segunda instancia¹⁶.

El legislador podría haber optado en la reforma por prohibir el recurso de apelación de las acusaciones frente a sentencias absolutorias, al menos por el motivo de error en la valoración de la prueba, sin contrariar la normativa internacional (artículos 14.5 del PIDCP y 2 del Protocolo nº 7 del CEDH), que, recordemos, establece el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria en favor, exclusivamente del condenado o declarado culpable, no reconociendo tal derecho para las acusaciones. En el mismo sentido se pronunció el TC¹⁷.

¹⁶ -Una exhaustiva exposición de la referida doctrina del TC, del TEDH y del TS puede encontrarse en la sentencia de 29 de mayo de 2015, de la Sala Segunda de nuestro más alto tribunal.

-También en la reciente STC 105/2016, de 6 de junio. En esta el demandante de amparo, entre otras quejas, había denunciado vulneración del derecho a un proceso con todas las (art. 24.2 de la CE), fruto de la condena en segunda instancia tras apreciarse la concurrencia del elemento subjetivo del delito de alzamiento de bienes sin haberse celebrado la vista que exigen los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Sin embargo el TC desestima el amparo al entender que “ los recurrentes tuvieron oportunidad de explicarse y rebatir los argumentos o deducciones susceptibles de perjudicarles, asentadas en prueba documental, y , de forma marginal, en el contenido de la declaración del recurrente acusado, cuya valoración era asequible para el órgano judicial ad quem pues la alteración de la inferencia que conduce a preciar el elemento subjetivo fue el objeto del debate en la segunda instancia, introducida por el Letrado de la acusación particular y contradicha por el Letrado de la defensa y expresamente explicada a los recurrentes por el Presidente de la Sala, y al respecto pudieron ser oídos los recurrentes en un debate contradictorio y público”.

-En el mismo sentido la STC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 7, en el cita las últimas sentencias del TEDH al respecto. El TC estima el amparo al entender que se vulnero el derecho a un proceso con todas las garantías al condenar el TS en casación por delito de prevaricación dolosa cuando en primera instancia se le había condenado por prevaricación imprudente, “sobre la base de una revalorización probatoria de la conducta del recurrente” que afectaba a la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, que es cuestión de hecho y “cuando está articulada a partir de los datos extraídos de pruebas personales exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o...empeorar la condena”.

¹⁷ La sentencia del TC 120/2009, de 18 de mayo es meridiana al respecto al señalar en el FJ 2 : “a) Con reiteración hemos señalado que es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos (STC 37/1995 (L.A LEY 13037/1995), de 7 de febrero, FJ 5), a salvo la singularidad del ámbito penal.

Descartó también otras posibilidades, como el modelo de apelación plena alemán (“novum iudicium”), o asimilar a la intermediación el visionado de la grabación del juicio en primera

b) En efecto, en materia penal el legislador sí debe prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que, como ya dijimos en la STC 42/1982 (LA LEY 223/1982), de 5 de julio (FJ 3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución ex art. 10.2 CE (LA LEY 2500/1978)- consagra en su art. 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito 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. Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 (LA LEY 2500/1978) se encuentra la del recurso ante un tribunal superior, a salvo los supuestos de infracciones menores o cuando la persona haya sido juzgada por un tribunal que constituya la máxima instancia judicial o cuando haya sido declarada culpable tras un recurso contra su absolución.

También hemos precisado que, «a la vista del tenor literal del mencionado art. 14.5 PIDCP (LA LEY 129/1966), e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los arts. 6.1 CEDH (LA LEY 16/1950) y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia (LA LEY 35818/2001); y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), dicho precepto se debe interpretar, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto» (SSTC 70/2002 (LA LEY 3534/2002), de 3 de abril, FJ 7; 105/2003 (LA LEY 97759/2003), de 2 de junio, FJ 2; y 136/2006 (LA LEY 60256/2006), de 8 de mayo, FJ 3). La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena, viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP (LA LEY 129/1966), lo que ha permitido que dentro de nuestro Ordenamiento, sean tanto el recurso de apelación como el de casación los que abran al condenado el acceso a un tribunal superior (SSTC 37/1988 (LA LEY 53432-JF/0000), de 3 de marzo, FJ 5; y 123/2005 (LA LEY 1355/2005), de 12 de mayo, FJ 6).

c) Por el contrario, no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador (en este sentido, por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre (LA LEY 11032/2000), FJ 3; 71/2002 (LA LEY 4515/2002), de 8 de abril, FJ 3; y 270/2005 (LA LEY 10513/2006), de 24 de octubre, FJ 3). Sin perjuicio de lo cual también hemos reiterado que una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978)), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal (STC 115/2002, de 20 de mayo (LA LEY 6013/2002), FJ 5; y 270/2005 (LA LEY 10513/2006), de 24 de octubre, FJ 3). Esta vertiente del art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico (STC 69/2005 (LA LEY 11701/2005), de 4 de mayo, FJ 5). “El derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico (STC 69/2005 (LA LEY 11701/2005), de 4 de mayo, FJ 5).”

instancia¹⁸, y optó, definitivamente, por la solución acordada por el TS en la casación contra sentencias absolutorias por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁸ La referida sentencia del TC 120/2009 resuelve la cuestión sobre si las garantías de inmediación y contradicción quedan colmadas mediante el visionado por el tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia, en sentido negativo a tal posibilidad, argumentando: "Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ (LA LEY 1694/1985)), en un sentido más estricto hemos establecido que «la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración» (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero (LA LEY 1737/2009), FJ 5).

En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE (LA LEY 2500/1978)).

Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero (LA LEY 1737/2009), FJ 5).

En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el tribunal de apelación lleve a cabo un examen «directo y personal» del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una «nueva audiencia» en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia (LA LEY 983/1988), § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c. Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64).

Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen «directo y personal» --esto es, con inmediación-- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen «personal y directo» implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones".

En el mismo sentido la STC 105/2004, de 23 de junio y la citada 105/2016.

Como se pregunta Marchena Gómez¹⁹: “¿Nos encontramos entonces a la búsqueda del método de la cuadratura del círculo? ¿Puede corregirse por el tribunal la declaración de hechos probados para la condena sin que el tribunal celebre vista para la práctica de la prueba ni valore la prueba practicada en primera instancia? Pues bien resulta posible, si manteniendo la posibilidad de recurso contra sentencias absolutorias arbitrarias se sale del círculo, si se permite la anulación de la sentencia con reenvío de la causa al tribunal “a quo” para la corrección del defecto”, como de hecho hace el TS ya que como proclamó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012.” *La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley*”. Y tampoco existe previsión legal para la práctica de prueba en casación.

En definitiva la reforma se decidió por una solución conciliadora de los derechos del acusado, internacionalmente reconocidos y plasmados en la doctrina del TEDH del TC y del TS, a la que se hizo mención, y del de las acusaciones a la tutela judicial efectiva, configurando un peculiar recurso contra sentencias absolutorias -y las condenatorias que se pretenden agravar-, en el que exige (artículo 790.2 “in fine”) a los acusadores cuando aleguen como motivo del recurso “error en la valoración de la prueba” que justifiquen “la insuficiencia o 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 ha sido improcedentemente declarada”. En definitiva lo que supone el control de la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuada por el “a quo”.

Como quiera que el artículo 792.2, coherentemente con lo expuesto, proclama que la sentencia de apelación “no podrá

¹⁹ Marchena Gómez/González-Cuellar Serrano, La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pág. 537.

condenar al acusado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas”, si el Tribunal “ad quem” apreciará la concurrencia de alguna de las referidas incorrecciones deberá dictar una sentencia meramente anulatoria devolviendo las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida, concretando 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. (Artículo 792.2, 2º).

La regulación legal, sintéticamente expuesta, causará con seguridad problemas interpretativos y de aplicación práctica.

Sin ánimo de exhaustividad, como con agudeza observa Etxeberria Guridi²⁰, las objeciones puestas por la STC 167/2002 a la falta de inmediación se limitaban a las pruebas de naturaleza personal, sin embargo el legislador no discrimina entre las de naturaleza personal (declaraciones del acusado, testigos, peritos) y las documentales o documentadas (pericial documentada), refiriéndose al “error en la valoración de las pruebas” en general.

Las preguntas son :¿de todas, incluidas las no personales?.
¿Y la consecuencia en todo caso la anulación y devolución de la causa?

Entiendo que una lectura del precepto, ajustada a la doctrina del TEDH, TC y TS, permite que el Tribunal “ad quem” acuda a la decisión anulatoria solo cuando el error denunciado se refiera a la valoración de pruebas personales o a la apreciación conjunta de las practicadas que afecten a la culpabilidad o inocencia del acusado, pero pudiendo revocar y condenar cuando el error gravite exclusivamente sobre la valoración de las pruebas

²⁰ Ob. cit. Pág. 472

documentales obrantes en la causa²¹. Claro está que, en este caso, para dar cumplimiento a las exigencias impuestas por la doctrina

²¹ La ya citada sentencia del TC 120/2009 es clarificadora al respecto en su FJ 4. “Desde una perspectiva de delimitación negativa, hemos de recordar que, por el contrario, no será aplicable el canon expuesto y, por tanto, «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» (STC 272/2005, de 24 de octubre (LA LEY 10579/2006), FJ 2).

En efecto, tempranamente pusimos ya de manifiesto en la STC 170/2002, de 30 de septiembre (LA LEY 7860/2002) (FJ 15), que la doctrina sentada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre (LA LEY 7757/2002), no es aplicable cuando, a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan- (LA LEY 9548/1991) Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación 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», por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia (LA LEY 9567/1991); de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36).

En segundo lugar, no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (LA LEY 887/2004) (FJ 5) cuando afirma que «existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal» (en el mismo sentido, SSTC 198/2002 (LA LEY 10011/2003), de 26 de octubre, FJ 5; 230/2002 (LA LEY 680/2003), de 9 de diciembre, FJ 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre (LA LEY 125407/1999), FJ 3; 80/2003, de

del TEDH, interpretando el artículo 6 del CEDH, habrá necesariamente de celebrarse una vista pública y contradictoria con presencia del acusado para que, personalmente, pueda ejercer el derecho de defensa. (STEDH de 26 de mayo de 1988, asunto

10 de marzo, FJ 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación con la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005 (LA LEY 13264/2005), de 6 de junio, FJ 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006, de 13 de marzo (LA LEY 23357/2006), FJ 8). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC 10/2004 (LA LEY 562/2004), de 9 de febrero, FJ 7; 360/2006, de 18 de diciembre (LA LEY 176031/2006), FJ 4; y 21/2009 (LA LEY 1729/2009), de 26 de enero, FJ 2).

Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, hemos declarado 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. Si bien, también hemos afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando 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 (por todas, SSTC 170/2005, de 20 de junio (LA LEY 13340/2005), FJ 3; 36/2008, de 25 de febrero (LA LEY 1704/2008), FJ 5; y 24/2009 (LA LEY 1730/2009), de 26 de enero, FJ 2).

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

Ekbatani c. Suecia, y otras posteriores relativas a España: Igual Coll, núm. 37496/04, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barrios núm. 17122/07, 21 de septiembre de 2010; García Hernández, núm. 15256/07, de 16 de noviembre de 2006, y Lacadena Calero c. España, de 22 de noviembre de 2011).

Otro de los problemas que con seguridad surgirán será el relativo a la extensión y alcance de la sentencia anulatoria.

Como se anticipó, la sentencia que anula la de primera instancia, (absolutoria o condenatoria), acordará el reenvío al órgano que dictó la sentencia recurrida, concretando si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva (distinta) composición del órgano de enjuiciamiento en primera instancia.

Si se ordena repetir el juicio oral, al apreciar el “ad quem” una valoración irracional o arbitraria de las pruebas practicadas o de las inferencias realizadas por el “a quo”, lo lógico es que igualmente se ordene que el órgano de enjuiciamiento tenga una composición distinta, para evitar prejuicios y apriorismos en la valoración de las pruebas cuya repetición resulta obligada. No obstante siempre existe el riesgo de que las consideraciones del Tribunal de apelación sobre el juicio valorativo del inferior, además de denunciar su incorrección, contenga reglas de cómo este debe hacer la valoración, e incluso apreciaciones sobre el carácter incriminatorio o no de determinadas pruebas, con indiscutible merma de su libertad de apreciación²².

Tampoco el legislador reparó, o al menos no dio solución estableciendo algún límite, en la posibilidad de impugnaciones ilimitadas, pues la nueva sentencia del órgano “a quo” puede ser recurrida por el mismo motivo e igualmente anulada y así sucesivamente.

²² En este particular resulta ilustrativo el voto particular que formula el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro a la sentencia del TS nº 901/2014, de 2 de enero de 2015, que resuelve el recurso de casación correspondiente al rollo 1614/2014.

b) Cuando se impugna por la defensa una **sentencia condenatoria** por “error en la valoración de la prueba”.

Es aquí cuando alcanza plenitud la previsión del artículo 14.5 del PIDCP – también la del artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH- al reconocer el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior mediante un recurso efectivo.

El TC en su sentencia 184/2013, de 4 de noviembre, nos recuerda que la doctrina sentada en la 167/2002, respecto a la apelación de sentencias absolutorias, no puede alegarse para negar el derecho al recurso frente a la condena penal impuesta en primera instancia. Insistiendo en que *“que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su 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 solo 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”*.

Tal doctrina es anterior a la reforma de la L.E.Crim, operada por ley 41/2015. No obstante es plenamente aplicable cuando el recurrente denuncia un error en la valoración de la prueba documental o en una pericial documentada, que no precisan de inmediación²³ para su valoración. En este caso, de apreciar tal error, el tribunal de apelación, puede sustituir la valoración

²³ Según doctrina del TC (Ss. 30/2010, 2/2010, 120/2009 , entre otras) que reproducen la sostenida por la doctrina del TEDH (Ss. 10 de marzo de 2009,, 16 de diciembre de 2008, etc.) la inmediación supone *“el examen personal y directo por parte del tribunal [que] implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante si a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien esta llamado a valorar sus manifestaciones”*.

equivocada del "a quo" y si este tiene trascendencia en el fallo condenatorio sustituirlo por otro absolutorio.

El problema surge en relación con la valoración de las pruebas de carácter personal que si requieren inmediación²⁴, es decir de la percepción directa por el órgano que las va a valorar, según constante y reiterada doctrina del TC. Situación en la que no se encuentra el órgano de apelación, pues el propio TC también tiene dicho que la grabación de la vista en primera instancia no puede equipararse a la inmediación (Ss. 120/2009 y 105/2014).

Entonces, si el error denunciado por el recurrente se refiere a la valoración de las pruebas personales por el "a quo" ¿puede el "ad quem" sin inmediación, sustituir aquella valoración por otra distinta, aunque sea en beneficio del condenado?

Aunque el recurso de apelación es un remedio impugnativo que posibilita un nuevo examen de la causa y el control del Tribunal Superior sobre de los hechos y sobre la aplicación del derecho realizado en la primera instancia, cuando la cuestión controvertida en apelación es la valoración de las pruebas de carácter personal llevada a cabo por el Juzgador de instancia, bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción, por lo general, debe de reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el juez a cuya presencia se practicaron. Y ello, porque es dicho Juzgador "a quo" quien percibe directamente el resultado de las mismas en concurrencia temporo-espacial con el declarante.

Por eso la jurisprudencia se refiere a la privilegiada posición de la que goza el órgano de primera instancia para percibir directamente las declaraciones de los acusados, de los testigos y de los peritos durante el desarrollo del juicio, en relación de

²⁴ Resulta muy interesante la polémica entre Andrés Ibáñez, Perfecto ("Sobre el valor de la inmediación"-Una aproximación crítica-, en Revista Jueces para la Democracia, nº 46, 2003) y Julio B. J. Maier ("¿Es la inmediación una condición de la condena penal?; un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición", en la misma revista, nº 49, marzo 2004)

proximidad temporo-espacial que le permite un control sobre la actitud (timbre de voz, expresión del rostro, etc.), en definitiva emitir un juicio sobre la veracidad y credibilidad de las declaraciones, en un interrogatorio cruzado (contradictorio). Ello, evidentemente, le permite un juicio valorativo sobre tales pruebas personales que debe ser, en principio, de mejor calidad, que el que hipotéticamente emitiría el órgano de apelación revisando íntegramente aquel y sustituyéndolo por el suyo propio, por carecer de las ventajas antes aludidas derivadas de los principios de inmediación oralidad y contradicción. En definitiva juzgando sobre lo que no oyó ni vio directamente.

En consecuencia, entiendo que el tribunal de apelación al resolver sobre este concreto motivo, en relación exclusivamente con las pruebas de carácter personal, no puede sustituir la valoración realizada por el "a quo" sobre la credibilidad de las declaraciones vertidas en el juicio por los acusados y testigos, ni resolver acerca de las eventuales contradicciones apreciadas entre aquellos por la sentencia de instancia de forma diferente a como esta lo hizo, precisamente porque el juicio sobre estas pruebas depende del principio de inmediación. Es decir deberá respetar el juicio valorativo realizado por el órgano de primera instancia que es quien las presenció directamente en coincidencia temporo-espacial.

Sin perjuicio, claro está, de que si el error que denuncia el apelante es que la sentencia pone en boca del acusado, o de un testigo o de un perito, algo distinto a lo que manifestó en el juicio, o sus declaraciones entran en palmaria contradicción con lo documentalmente acreditado y es relevante para el fallo, pueda el tribunal de apelación comprobar la realidad de lo denunciado mediante la reproducción y contraste de la grabación de la prueba practicada, siempre que la parte apelante lo solicite, y apreciado el error dictar la sentencia procedente. Este es, a mi parecer, el sentido que debe dársele a la previsión del artículo 791.1 de la L.E.Crim cuando se refiere a la "proposición de prueba o reproducción de la grabada", ya que, como se señaló anteriormente, para el TC tal "reproducción" no es equivalente a la inmediación.

Es conveniente señalar también que, lógicamente, el tribunal de apelación está facultado para realizar el llamado control externo sobre la actividad probatoria realizada en la primera instancia, que debe tener su reflejo en la motivación de la sentencia apelada, fiscalizando la estructura lógica de la prueba practicada así como el razonamiento probatorio, como garantía jurisdiccional frente a sentencias arbitrarias producto de un mal entendimiento del principio de libre convicción, que como con acierto señala Andrés Ibáñez²⁵ “ no es un estado anímico de certeza, un movimiento del alma, ni un estado psicológico, sino el resultado de un estado de conocimiento, que debe alcanzarse mediante un proceso racional, contradictorio y autocontrolado de obtención y valoración de datos”. La motivación sobre el juicio de hecho es pues el antídoto de la arbitrariedad y de la irracionalidad y absolutamente necesaria para el control que ha de realizar el tribunal de apelación. La inexistencia de la motivación dará lugar a la anulación de la sentencia de instancia con devolución al órgano de primera instancia para que motive la condena desde la perspectiva fáctica (artículo 792.3 de la L.E.Crim).

Este control ya lo realizaba el TS mediante la llamada “casación ampliada” de la que es muestra la STS Sala de lo Penal nº 1140/2010, de 29/12/2010:

“ La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria --art. 9-3º C.E.--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos...”; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: “el derecho

²⁵ Ob. cit..

constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva –como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo”.

C).-El tercer motivo previsto en la ley es el de “infracción de normas del ordenamiento jurídico”.

Este motivo es común a las sentencias condenatorias y a las absolutorias y permite al tribunal “ad quem” modificar el fallo del “a quo” por otro de signo contrario, cuando, sin alterar los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, se aprecia que el órgano jurisdiccional que la dictó incurrió en “error iuris” al realizar la subsunción en un determinado tipo penal, o estimo, equivocadamente, que aquellos hechos no eran constitutivos de delito, siéndolo.

Cuando la sentencia de primera instancia es absolutoria y el tribunal superior estima el recurso por este motivo, dicta una sentencia condenatoria que es la primera, y, consecuentemente, frente a ella se puede hacer valer la exigencia del artículo 14.5 del PIDCP de que la causa sea revisada por un tribunal superior. Ciertamente es que el artículo 847.1, a) de la L.E.Crim prevé la posibilidad de recurso de casación, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra estas sentencias, pero dado que la reforma pretende que el recurso de casación recupere su genuina naturaleza nomofiláctica, unificadora de la norma penal, apartándose del modelo de casación ampliada motivado por la falta de regulación

legal de la segunda instancia penal, está por ver si pasa el filtro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que , previsiblemente, recuperará la doctrina expresada en el tantas veces citado Dictamen de 20 de julio de 2000 (Cesáreo Gómez Vázquez c. España) .La situación descrita se asimila a la de los “aforados” a la que ya dio respuesta el Comité en sus Dictámenes nº 1073/2002 y 12011/2003, anteriormente referidos.

Por el contrario ninguna objeción merece desde la óptica del artículo 2 del Protocolo número 7 al CEPDH, como igualmente quedó expuesto, exceptúa del derecho de revisión de la condena cuando esta sea impuesta “a resultas de un recurso contra su absolución”.

La posibilidad de revocar una sentencia absolutoria y condenar en apelación por motivos estrictamente jurídicos resulta conforme con la doctrina del TEDH (Ss. de 29-10-1991, 29-10-1991,5-12,2002 y 16-12-2008) y del TC (por todas STC 170/2002, de 30 de septiembre y 120/2009) ya reseñada, incluso sin la celebración de vista pública y presencia del acusado.

VI) CONCLUSIONES.-

1ª.- El CDH de la ONU ha modificado, sustancialmente, su doctrina en relación con la casación penal española y su compatibilidad con el artículo 14.5 del PIDCP. Pasando de afirmar que el recurso de casación, incluso en su versión “ampliada”, no satisfacía el derecho del condenado por delito a que su causa sea revisada por un tribunal superior (Dictamen de 20 de julio de 2000 en el caso Cesáreo Gómez Vázquez y posteriores) a considerarlo adecuado y suficiente para dar satisfacción al referido derecho (Dictamen de 29 de marzo de 2005, en el caso Parar Corral c. España y posteriores);

2ª.- En consecuencia, la generalización de la segunda instancia penal mediante la instauración del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con atribución de competencia funcional a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, ya no responde a una exigencia del CDH (ni tampoco del TEDH) que en sus últimas resoluciones consideró al recurso de casación (versión “ampliada”) adecuado y suficiente con el derecho reconocido en el artículo 14.5 del PIDCP;

3ª.- La reforma operada por la Ley 41/20015 responde, pues, a otras finalidades, nada desdeñables: dotar de cierta racionalidad a nuestro sistema de recursos penales; devolver al TS su genuina competencia nomofiláctica y unificadora de la doctrina penal, al tiempo que se descarga de trabajo a su Sala Segunda; y, llenar de competencias a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ que hasta el momento estaban infrautilizadas;

4ª.- El recurso de apelación que ahora generaliza la Ley 41/2015 (en el artículo 846 ter de la L.E.Crim) se corresponde, con matizaciones, con el modelo de apelación limitada (“revisio prioris instanciae”), que ya estaba establecido para el procedimiento abreviado, sobre el que se llevan a cabo importantes modificaciones para adaptarlo a la doctrina del TEDH y del TC;

5ª.- La reforma de la L.E.Crim. , operada por la Ley 41/2015, ha establecido regímenes de impugnación bien diferenciados, si tenemos en cuenta el motivo esgrimido, la pretensión ejercitada (de anulación o de sustitución de la condena o absolución por un pronunciamiento del Tribunal Superior contrario al de primera instancia) el sentido absolutorio o condenatorio de la sentencia impugnada y la consecuencia prevista por el legislador si el motivo es estimado por el Tribunal Superior;

6ª.-El motivo que plantea mayores problemas interpretativos es el que se refiere al "error en la apreciación de la prueba".

La reforma establece dos regímenes impugnatorios diferentes según se trate de sentencias absolutorias- o que la pretensión del recurrente sea la de agravar una condenatoria- o condenatorias.

Respecto de las absolutorias la reforma venía obligada a partir de la STC 167/2002 que, recogiendo la doctrina del TEDH, proscribió la posibilidad de condenar en segunda instancia al acusado previamente absuelto en la primera, o agravar su situación respecto a la sentencia de primera instancia, sobre la base de una nueva valoración por el tribunal "ad quem" de las pruebas personales practicadas o del conjunto de la prueba efectuada sobre la culpabilidad o inocencia, ya sea sobre los elementos objetivos o subjetivos del delito, sin haberlas presenciado con la necesaria inmediación y sin la declaración del acusado en una vista celebrada ante el órganos de segunda instancia.

La solución dada por el legislador plantea algunos problemas interpretativos que, sin ánimo de exhaustividad, señalo: alcance que ha de darse al "error en la apreciación de las pruebas" del artículo 792.2 de la L.E.Crim, (¿se refiere a todas las pruebas o solo a las de carácter personal?), extensión y alcance de la sentencia anulatoria o posibilidad de impugnaciones ilimitadas.

La impugnación de las sentencias condenatorias por este motivo plantea el problema de la valoración de las pruebas personales que precisan de inmediación. ¿Puede el "ad quem" sin inmediación, sustituir valoración del "a quo" por otra distinta, aunque sea en beneficio del condenado? La respuesta que se ofrece es negativa, sin perjuicio del control de la motivación y de la racionalidad del razonamiento probatorio realizada por el órgano de instancia;

7ª.-Por último es dudoso que la nueva configuración del recurso de casación, al recuperar su genuina naturaleza nomofiláctica y unificadora de la norma penal, pueda cumplir con las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP, según la doctrina que emana de las resoluciones del CDH, cuando la condena se produce por primera vez en la segunda instancia, al estimar la Sala de apelación un recurso de las acusaciones por “infracción de normas del ordenamiento jurídico”.