

ACTUACIONES EN LA INSTANCIA Y LIMITACIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Rafael Escobar Jiménez

Fiscal del Tribunal Supremo

Curso: "La nueva regulación del recurso de apelación. La generalización de la segunda instancia. Recurso de Revisión.", 26 y 27 de abril de 2017.

Uno de los principales aspectos a destacar de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, es el relativo a la definitiva implantación, en nuestro sistema procesal penal, del sistema de doble instancia. Sin embargo, como se analiza en la presente Ponencia, la llamada generalización de la doble instancia no es completa en nuestro Ordenamiento procesal y tampoco, para la parte acusadora, puede afirmarse que rija dicho principio tal y como ha sido tradicionalmente entendido y proclamado. Finalmente, en este trabajo se incluyen algunas actuaciones susceptibles seguirse para el caso de producirse determinadas contingencias procesales a los efectos del éxito del eventual recurso de apelación que pudiera interponerse.

SUMARIO. 1. Recurso de apelación y doble instancia; objeciones a la regulación. 2. Novedades en el recurso de apelación. 2.1. Sentencias recurribles y Tribunal del recurso. 2.2. Motivación y resolución del recurso de apelación contra sentencias. 3. Actuaciones en la instancia. 3.1. Denegación de la prueba propuesta o denegación de la suspensión del juicio oral solicitada. 3.1.1. Supuesto de denegación probatoria estrictu sensu. 3.1.2. Supuesto especial de prueba necesaria, en el procedimiento ordinario, no propuesta en el escrito de conclusiones provisionales. 3.1.3. Supuesto de exclusión probatoria. 3.2. Los supuestos en los que el Tribunal acuerda declarar nula una prueba.

1. Recurso de apelación y doble instancia; objeciones a la regulación.

Se viene afirmando que ya es una realidad la llamada generalización¹ de la doble instancia en nuestro Ordenamiento procesal penal. Tras la introducción de la necesaria previsión orgánica por LO 19/2003 en los arts. 64 bis y 73.3.c) LOPJ², cuya Disposición Final Segunda quedó incumplida, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, autoriza ahora, junto al ya existente recurso de apelación contra sentencias de los Juzgados de instrucción, Juzgados de lo Penal y Juzgado Central de lo

¹ Es la expresión que emplea el Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

² Se creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que, según el art. 64 bis.1 LOPJ, “conocerá de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal”. Y, conforme el art. 73.3.c) LOPJ, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Penal, “de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes”.

Penal, la apelación contra las sentencias dictadas, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sin embargo, en rigor, la generalización no es completa pues, como después se expondrá, no se ha previsto el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, sea en procedimiento ordinario o abreviado ni, para idéntico supuesto, frente a las sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo; por otro lado, tampoco cabe afirmar ya que la doble instancia rija respecto de todas las partes que intervienen en el proceso penal.

Ante el encargo del Director del Curso, en la presente ponencia no es posible detenerse en la evolución de la doble instancia ni en los dictámenes y resoluciones de los distintos tribunales (sobre todo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional) que, de una forma u otra, han contribuido, y casi provocado, la reciente modificación legislativa, aspectos, dicho sea de paso, ya plasmados con detalle por muchos tratadistas³. No obstante, sí considero necesario incluir algunas consideraciones.

Siempre se ha asociado principio de doble instancia y recurso de apelación contra sentencias definitivas. Sin embargo, como ya se ha adelantado, es un hecho cierto que el concepto tradicional de doble instancia ya no se mantiene en su integridad. Prescindiendo de correctas nociones doctrinales, la STC nº 167/2002, de 18 de septiembre, recogía aquél a la perfección: <<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 sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre)>>.

³ Por todos, CALDERÓN CUADRADO, M^a PÍA. *El sistema de impugnación frente a sentencias penales. Algunas notas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 41/2015, de 5 de octubre)*, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia correspondiente al mes de febrero de 2016.

Sin embargo, la doctrina sostenida desde años por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, así como las modificaciones recientemente introducidas en la Ley procesal, determinan que pueda hablarse de una apelación restringida tanto en lo que se refiere a las facultades decisorias del Tribunal *ad quem*, que en ciertos supuestos ya no aparece, al resolver el recurso, en idéntica situación a la del Órgano *a quo*, como a las posibilidades de actuación de una de las partes, la acusadora, que tiene vedado hacer uso del total elenco de motivos propios de un recurso de esta índole e, incluso, en ciertas hipótesis, únicamente puede reclamar la nulidad de la sentencia de instancia. Con estas restricciones no cabe afirmar que para dicha parte rija la doble instancia. Es más, conceptualmente, la limitación de los motivos a esgrimir torna, para la misma, el recurso ordinario en extraordinario.

Por otro lado, continúa siendo muy discutible el asumido y generalizado criterio de las audiencias provinciales conforme al cual el Tribunal *ad quem*, al resolver el recurso, puede acometer una valoración de la prueba que no ha presenciado e imponer la suya con base, exclusivamente, en una discrepancia de criterios valorativos. Son, por tanto, los supuestos en los que, sin haberse practicado prueba alguna en sede de recurso, la Sala *ad quem* sustituye una racional y lógica valoración de la prueba por otra igualmente racional y lógica. En otras palabras, el conocido motivo de “error en la valoración de la prueba” queda sobredimensionado y fusionado con el de “una valoración diferente” que no, necesariamente, supone, implica o conlleva, que fuera errónea la efectuada por el Órgano *a quo*. En estas hipótesis, en la línea apuntada por el Tribunal Constitucional, que supedita la valoración de la prueba por un Tribunal a la necesidad de que efectivamente la misma haya sido practicada a su presencia⁴, la actuación del Tribunal del recurso debiera limitarse a una función de control, esto es, a comprobar que la sentencia recurrida recoge la existencia de suficiente prueba de cargo y que ésta ha sido válidamente practicada y racionalmente valorada⁵. El expuesto entendimiento supondría un avance para que cohonesten mejor los

⁴ Recoge, por ejemplo, la STC nº 120/2009, de 18 de mayo: <<... En definitiva, como señalamos en la STC 123/2005, de 12 de mayo (FJ 7), “la garantía de inmediación, y también las de publicidad y contradicción, son (...) garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena [o de la absolución] cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo [o absolutorio], la declaración de culpabilidad [o de inocencia] y la imposición de la pena [o su no imposición]”>>.

⁵ La STS nº 435/2013, de 28-5, apunta estas comprobaciones: <<1ª) Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente). 2ª) Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales

términos “doble instancia” e “inmediación” que, para algún autor, son irreconciliables⁶.

De hecho, la Sala II mantiene la expuesta doctrina cuando se trata del recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado. Puntualiza la STS nº 107/2017, de 21-2, respecto de los límites de la revisión de la condena en apelación: <<Si bien no es lícito que el Tribunal de apelación proceda a una nueva valoración de las pruebas sobre las que el jurado ha declarado probados determinados hechos de carácter indiciario, pues ello supondría superar los límites de su competencia revisora, sí lo es, y es más, es obligación de dicho Tribunal, revisar el carácter racional de la inferencia construida sobre aquellos indicios, para excluir aquellas que puedan considerarse tan abiertas que no conduzcan de modo directo a la conclusión que se ha establecido sobre los hechos necesitados de prueba. Así se entendía en la STS nº 555/2014, de 10 de julio, recogiendo anteriores precedentes, en la que se decía que el Tribunal de apelación “fue más allá de lo que le estaba atribuido porque, lejos de limitarse a una reconsideración de las inferencias del Tribunal del Jurado, modificó sustancialmente las premisas fácticas sobre las que aquéllas habían sido construidas”. En el recurso de apelación, del mismo modo que en esta cuestión ocurre con el de casación, el Tribunal que lo resuelve puede rectificar la calificación jurídica de los hechos que se han declarado probados, cuando lo que se alega es infracción de ley penal sustantiva. También puede revisar la validez y la regularidad de las pruebas y la racionalidad del proceso valorativo, cuando la parte recurrente alega vulneración de la presunción de inocencia. No le compete, sin embargo, valorar nuevamente unas pruebas cuya práctica no ha presenciado>>.

(prueba lícita). 3ª) Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente). 4ª) Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba razonada)>>. Por su parte, señala la STS nº 968/2012, de 30-11, que <<La más reciente STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Se vulnerará la presunción de inocencia cuando se haya condenado: a) sin pruebas de cargo; b) con la base de pruebas ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de pruebas practicadas sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o, f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente>>.

⁶ DEL MORAL GARCÍA, A. Véase, entre otras publicaciones del autor, *La reforma procesal penal: retos y objetivos*, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia correspondiente al mes de febrero de 2016 y *La revisión de la valoración de la prueba en vía de recurso: recursos de apelación y casación*, publicado en el Centro de Estudios de la Administración de Justicia, año 2003. En este último decía: “En el campo de la revisión de la valoración de la prueba... hay un germen de contradicción que se me antoja casi irresoluble: compatibilizar las exigencias del principio de inmediación con el denominado derecho a la doble instancia. Es casi la cuadratura del círculo. Inmediación y doble instancia son dos principios condenados a no entenderse”.

2. Novedades en el recurso de apelación.

En términos generales, la Ley 41/2015 ha introducido modificaciones que afectan a las sentencias y autos susceptibles de recurso de apelación, a los diferentes motivos a invocar según los casos, al Órgano jurisdiccional llamado a resolver el recurso de apelación interpuesto contra ciertas sentencias y autos y a la decisión a adoptar en determinados supuestos.

Dada la distribución de los temas a tratar en este Curso, la presente ponencia exclusivamente se referirá al recurso de apelación contra sentencias. Y la reforma tantas veces aludida provoca que haya de alertarse tanto en lo que se refiere a las sentencias susceptibles de recurso de apelación como a los motivos a blandir en el mismo.

2.1. Sentencias recurribles y Tribunal del recurso.

Al margen del recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado -arts. 846 bis a) y siguientes de la LECrim.-, además del ya existente recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal y Juez Central de lo Penal en procedimiento abreviado (art. 790.1 LECrim.), sentencias del Juez de lo Penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803.1 LECrim.), y sentencias de los Jueces de instrucción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (art. 976.1 LECrim.), el renovado art. 846 ter.1 LECrim. incluye, como recurribles en apelación, las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sea en procedimiento ordinario o abreviado.

En consecuencia, dependiendo del Órgano que dicte la sentencia, el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la misma será: a) la Audiencia Provincial, cuando se trate de sentencias provenientes de los Jueces de instrucción y de lo Penal (arts. 790.1, 803.1 y 976.1 y 2 LECrim.); b) la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respecto de las sentencias del Juez Central de lo Penal (art. 790.1 LECrim.); y, por último, c) la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, si son sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional,

respectivamente (art. 846 ter LECrim.).

Conforme al at. 846 ter.2 LECrim., la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación interpuestos contra los autos y sentencias dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y *resolverán las apelaciones en sentencia*.

2.2. Motivación y resolución del recurso de apelación contra sentencias.

La Ley 41/2015 introduce disposiciones de calado en la regulación general de esta materia (arts. 790 a 792 LECrim.). La más significativa recae sobre el motivo consistente en error en la valoración de la prueba cuando afecte a la parte acusadora pues su posibilidad de actuación queda restringida en un doble sentido. 1º) En primer lugar, no podrá intentar en segunda instancia una condena del acusado que fue absuelto, ni agravar la sentencia condenatoria que hubiera sido impuesta, invocando error en la valoración de la prueba para que el Tribunal del recurso revoque la sentencia del Órgano *a quo* tras valorar de distinto modo la prueba practicada, modificar la declaración de hechos probados y proceder en consecuencia. En este sentido, el párrafo 2º del art. 792.1 LECrim., recogiendo la conocida doctrina del TEDH⁷ y TC⁸, prohíbe que la sentencia de

⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprecia vulneración del art. 6.1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, a contrario sensu, que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir, de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia. (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España).

⁸ Precisó la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 88/2013, de 11-4, <<vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad (...). La condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación

apelación condene al encausado absuelto en primera instancia o que agrave la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta. 2º) En segundo término, el ámbito del error en la valoración de la prueba se limita en su contenido y efectos pues está circunscrito a justificar la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada⁹. Más que *errores facti* suponen, en su mayor parte, quebrantamientos de forma. En estos casos, conforme al párrafo tercero del art. 790.2 LECrim., la acusación únicamente podrá intentar la anulación de la sentencia que absolvió o, en su caso, condenó sin estimar la agravación instada. El art. 792.2, párrafo 2º, LECrim. contiene los particulares a los que ha de extenderse la sentencia de apelación en el supuesto que declare la nulidad de la sentencia: *“No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa”*.

Por consiguiente, la única posibilidad que tiene la acusación para lograr, en sede de recurso de apelación, que se revoque la sentencia absolutoria de instancia y se dicte otra condenatoria, o que, siendo condenatoria, agrave la condena, reside en el puro *error*

con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante. Por tanto, no puede afirmarse que la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)>>.

⁹ No han de confundirse los supuestos de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación o irracionalidad de la valoración de la prueba que únicamente alcanzaría a la anulación de la sentencia recurrida con la llamada presunción de inocencia invertida, vedada en nuestra Constitución, que autorizaría al Tribunal del recurso a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia, esto es, a exponer los motivos que justificarían o darían vida a una sentencia condenatoria, pues cuando la sentencia absolutoria se fundamenta precisamente en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio (pueden verse las SSTs 151/2011, de 10-3; 1429/2011, de 30-12; 241/2012, de 23-3; 631/2012, de 9-7; 631/2014, de 29-9; 246/2015, de 28-4, y las en ellas citadas).

iuris por parte del Juzgador *a quo* cuya invocación y estimación ha de dejar intacto el relato de hechos probados. Según la mencionada STC del Pleno nº 88/2013, de 11-4, <<se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6-6 ó 2/2013, de 14-1)>>, recalcando que <<si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)>>. Se insiste en que el éxito del motivo basado en el *error iuris* parte de un respeto absoluto a la declaración de hechos probados. Como advierte la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la mencionada Sentencia (véase nota nº 8), ni siquiera es posible una reconsideración del hecho, esto es, que el mismo acabe teniendo otra lectura en la alzada por afirmar *ex novo* elementos subjetivos, normativos u otros.

Por otro lado, procede apuntar que la implantación del recurso de apelación contra las sentencias de las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es seguro que afecte al modo en el que Sala II viene resolviendo en casación, sobre todo, las cuestiones relativas a la valoración de la prueba y presunción de inocencia pretendidas, ahora, exclusivamente por las defensas, pues es terreno procesal que queda vedado a las acusaciones.

Se dice esto porque, hasta la reforma del año 2015, la Sala II suplía, en cierta medida, la carencia de un recurso de apelación y aunque proclamaba su función de control sobre la prueba, lo cierto es que en muchas ocasiones se adentraba en valoraciones probatorias alcanzando resultados diferentes a los plasmados por las Salas de enjuiciamiento. Operaba así como Tribunal de apelación más que como Sala casacional. Sin embargo, lo lógico es que esa labor sea desempeñada ahora por los Tribunales Superiores, o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, al resolver el recurso de apelación. Por consiguiente, en el recurso de apelación habrán de ventilarse las cuestiones relativas a la valoración de la prueba y presunción de inocencia de las defensas. Por su

parte, lo lógico es que la Sala II limite su actuación al ámbito que le es propio: control de la existencia de prueba de cargo razonada y expuesta de manera motivada en lugar de examen y análisis como tercera instancia, que legalmente no existe ni es modelo sostenible conforme a una interpretación racional de la reforma¹⁰.

Botón de muestra de lo expuesto se refleja en sentencias de la Sala II que explican su misión en casación frente a las de los Tribunales Superiores que resuelven el recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado. Véanse, por ejemplo, las SSTS números 310/2014, de 27-3 y 289/2012, de 13-4.

Algunos autores han mantenido el reseñado criterio. Así CONDE PUMPIDO¹¹ afirma respecto del recurso de casación contra estas sentencias que “el contenido del recurso debe adaptarse a la naturaleza propia de la casación, centrándose en la unificación de la doctrina penal sustantiva, y reduciendo progresivamente la actual inflación de cuestiones fácticas y procesales, que deben depurarse en la segunda instancia. La Sala Segunda debe recuperar su función propia de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y no de Sala de lo Procesal, pues cualquier penalista puede comprobar cómo en la actualidad la mayoría de nuestras resoluciones dedican mayor atención y espacio a las cuestiones fácticas y procesales, que a las penales. La admisión, en consecuencia, debe cerrar el acceso a los recursos que solo pretendan repetir por tercera vez el debate fáctico, interpretando la casación como tercera instancia”. Por su parte, DEL MORAL GARCÍA¹², mantiene, “Es muy probable que se redimensione la holgura con que el Tribunal Supremo se adentra en cuestiones de prueba al resolver invocaciones de la presunción de inocencia. Seguramente, se implantará un mayor autocontrol en el sentido de respetar, en principio, las conclusiones probatorias concordes de los Tribunales de primera y segunda instancia, siempre que se constate la existencia de prueba de cargo razonada y motivada... Existiendo ya un recurso de apelación previo con plena capacidad para revisar la valoración de la prueba cuando la

¹⁰ No se escapa al autor del presente trabajo que tras la expuesta afirmación se genera todo un extenso debate acerca del modelo de actuación de la Sala II en este punto tras la implantación del recurso de apelación.

¹¹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., respuesta a la Encuesta Jurídica en la revista Sepín, *Práctica Penal*, 4º trimestre-2015, nº 81, pág. 8.

¹² DEL MORAL GARCÍA, A., respuesta a la Encuesta Jurídica en la revista Sepín, *Práctica Penal*, 4º trimestre-2015, nº 81, pág. 11. Del mismo autor, *La reforma procesal penal: retos y objetivos*, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, febrero de 2016 e *Incidencia de la última reforma procesal en el sistema de recursos contra sentencias*, publicado en Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 2, 1-febrero-2016.

sentencia es condenatoria, la casación irá posiblemente poco a poco abandonando ese territorio, seguramente ajeno, que había ocupado bajo la bandera de la presunción de inocencia. Ya no será necesario suplir las carencias derivadas de la ausencia de una apelación”.

Finalmente, un avance de lo que puede ser un trazo de la doctrina de la Sala II sobre el control de la inferencia en apelación por los Tribunales Superiores, o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y, en casación, por la Sala II del Tribunal Supremo, cabe observarlo en las SSTS números 555/2014, de 10-7 y 438/2012, de 16-5.

3. Actuaciones en la instancia.

Pergeñado, a grandes rasgos, el panorama del recurso de apelación contra sentencias, la ponencia analiza ahora qué se puede hacer en primera instancia cuando se produce una vulneración de derecho fundamental o un quebrantamiento de forma para que alcance éxito el eventual recurso de apelación que cupiera interponer. Los supuestos son muy numerosos por lo que he escogido algunos de los más frecuentes a fin de que puedan ser de cierta utilidad.

Con carácter previo ha de advertirse que, frente al recurso de apelación contra sentencias, conforme a la vigente normativa procesal ya no se toman, como únicos supuestos, las dictadas por Órganos unipersonales pues ahora han de incluirse los que tienen lugar tras el enjuiciamiento ante Órganos colegiados; y, a estos últimos, puede llegar la causa tramitada por las normas del procedimiento ordinario o abreviado. Por consiguiente, no se olvide ante qué procedimiento se está, sobre todo, de cara a las protestas, cuestiones a plantear o pretensiones a introducir. Siempre se recomienda que se adopten las consiguientes cautelas o prevenciones oportunas pensando en el eventual éxito del recurso que se interponga.

Recuérdese que el Ministerio Fiscal tiene legitimación para invocar vulneración de derechos constitucionales y, en concreto, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva. Baste indicar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 27 de febrero de 1998 que reconoce al Ministerio Fiscal legitimación para invocar en casación, al amparo del art. 5.4 LOPJ, la vulneración de derechos

constitucionales que le corresponden como parte, el cual, es observable *mutatis mutandi* para el recurso de apelación. El mencionado Acuerdo ha tenido reflejo en numerosas sentencias, por ejemplo, de 22 de enero de 1998, 8 de marzo de 2000, 2012/2000, de 26 de diciembre, 453/2003, de 2 de septiembre, 501/2006, de 5 de mayo, 619/2006, de 5 de junio, 1275/2006, de 28 de noviembre, 631/2014, de 29 de septiembre, entre otras muchas.

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional (STC n° 86/1985, de 10-7) si bien, en referencia al recurso de amparo, cuando dice: “... esa legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un *ius agendi* reconocido en ese órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la Norma Fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos...”.

En general, son muchos los supuestos en los que, en fase de juicio oral, determinados derechos fundamentales pueden resultar vulnerados. Por ello, es muy importante que se haga constar el art. 5.4 LOPJ, además de en la protesta, en el recurso de apelación o, en su caso, el art. 852 LECrim. en el escrito de preparación del recurso de casación.

Como es sabido el derecho a la tutela judicial efectiva posee un contenido complejo cuyas más importantes manifestaciones son las siguientes: a) El derecho de acceder a los jueces y tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos. b) El de tener la oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria, sin sufrir en ningún caso indefensión. c) El de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho dentro de un plazo razonable. d) El de ejercitar los recursos establecidos por la ley frente a las resoluciones que se estiman desfavorables. e) El de obtener la ejecución del fallo judicial (SSTS números 224/1998, de 26-2 y 246/2015, de 28-4).

De este contenido pueden resultar infinidad de supuestos con relación al recurso

de apelación. Por consiguiente, vamos a fijarnos en uno de ellos, concretamente, el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes con relación a: 3.1) Los supuestos en los que el Juez o Tribunal deniega la prueba propuesta o no accede a la suspensión del juicio solicitada por el Fiscal ante la imposibilidad de practicar determinada prueba; y, 3.2) Los supuestos en los que el Tribunal acuerda declarar nula una prueba y, por tanto, no valorarla dictando sentencia absolutoria por inexistencia de prueba de cargo.

3.1. Denegación de la prueba propuesta o denegación de la suspensión del juicio oral solicitada.

Como ahora se expondrá, para que finalmente sea estimado el motivo del recurso de apelación, no bastará con invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, si se quiere, la del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, sino que debiera alegarse también el art. 790.3 LECrim, lo que significa que en la instancia ha de darse cumplimiento a determinadas exigencias legales y jurisprudenciales.

Con carácter general, en materia de denegación de pruebas son válidas, a los efectos del recurso de apelación, las exigencias expresadas por la Sala II (SSTS 71/2007; 74/2007) y TC (SSTC 9/2003; 165/2004) para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba: 1º) Que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; 2º) que los órganos judiciales hayan rechazado inmotivadamente su práctica, con una explicación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial, habiendo de tenerse en cuenta a este respecto que no resulta aceptable que de la admisión se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio o sobrevenidamente se revela ya como en modo alguno factible y, 3º) que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.

Esta exposición cohonesta con otra proclamación del TC que hizo, por ejemplo, en STC n° 37/2000 de 14-2, “... los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si esta fue admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida....”.

Veamos a continuación cómo operan en concreto los distintos supuestos.

3.1.1. Supuesto de denegación probatoria estrictu sensu.

En primer lugar, conviene recordar que este enunciado alcanza tanto el caso expresamente previsto de denegación de pertinentes pruebas propuestas, como en el supuesto de que el Tribunal, admitida la prueba, deniegue, sin el amparo del artículo 746.3° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la suspensión de la vista cuando no está preparada la prueba para su práctica el día del juicio, impidiendo su realización (STS 27-11-1999) y ello, como dijo la STS 28-11-1989, porque la denegación de suspensión del juicio equivale a la inadmisión de la prueba en sus efectos.

Por su parte, el desarrollo jurisprudencial de esta hipótesis, a propósito del ordinal 1° del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es abundante (SSTS 17-7-2007; n° 46/2012, de 1-2, por ejemplo) y ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar.

Ha de insistirse en que estos requisitos obligan al Fiscal a desarrollar una actividad diligente en la instancia que, en general, se proyecta sobre la correcta proposición del medio de prueba, sobre la consignación de la oportuna protesta, y sobre la constancia en el acta de las preguntas que se iban a formular, si se trata de prueba testifical o pericial, o del objeto de la prueba si es pericial no admitida o, incluso, documental.

A) En lo que respecta a los requisitos formales, 1°) las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. 2°) En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha

propuesto la prueba debe: a) Si se trata de procedimiento ordinario, hacer constar en escrito autónomo la oportuna protesta. b) Si se trata de procedimiento abreviado, su regulación no prevé la protesta y lo procedente es reproducir razonadamente la petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim. Y, ante la denegación por el Tribunal, conforme al art. 786.2 habrá que formular protesta. 3º) En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, se trate de procedimiento ordinario o de abreviado, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después el del recurso, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta.

Conviene detenerse brevemente en la mencionada protesta que prescribe el art. 659 LECrim. Ha de tenerse en cuenta que no es un requisito meramente formal, sino que constituye la manifestación de que no se acepta la decisión judicial de modo que, de no realizarse la protesta, se entiende que la parte se ha aquietado en la instancia y no cabe plantear la cuestión en un recurso. La Sala II ha indicado un plazo de 5 días para formular la protesta contados a partir de la fecha de notificación del auto denegatorio - SSTS 6-6-1988, 15-2-66, 23-3-71, 23-12-75, (en ocasiones, de tres días en referencia al recurso de súplica). Recientemente, ha señalado, sobre este particular, la STS nº 379/2010, de 21-4: <<...Tal protesta es la reclamación previa a la que se refieren los arts. 855 y 884.5º de la misma ley procesal, que consiste en la manifestación expresa de no conformidad con lo resuelto por el órgano judicial... El citado art. 659 no señala plazo para este trámite de la protesta. En una jurisprudencia antigua (sentencias de esta sala de 3 de febrero de 1951 y 6 de marzo de 1953) se dijo que había de hacerse al realizarse la notificación de la resolución denegatoria o en el mismo día, es decir, sin dilación, a fin de que pudiera ser subsanado en su caso el defecto procesal correspondiente. No obstante, en dos sentencias más reciente, la 1595/1999, de 16 de noviembre y la 760/2001, de 7 de mayo, se ha señalado el plazo de cinco días para tal formalidad de preparación, que es el mismo expresado en el párrafo 2º del art. 212 para la preparación, propiamente dicha, del recurso de casación. Conviene resaltar aquí algo que estas dos últimas resoluciones ponen de manifiesto. Ese trámite de la protesta no es solo un requisito de mera formalidad. Entendemos que quien no protesta en breve plazo es porque consiente con la denegación. Por eso aparece en tal art. 659 como condición sin la cual no cabe el posterior recurso de casación...>>. Reitera esta doctrina la STS nº 255/2017, de 6-4.

En cualquier caso, la parte que propuso la prueba denegada ha de preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. Parece conveniente, pues, que en el escrito de interposición del recurso se argumente sobre la trascendencia que la inadmisión de la prueba tiene en la sentencia pues solo cabe hablar de indefensión si se comprueba que el fallo hubiera podido ser otro. Así, no se da esa indefensión, cuando el contenido de la prueba carece de capacidad para alterar el fallo o cuando por las demás pruebas el extremo concreto que habría de abordar la denegada se halla sobradamente acreditado.

B) Respecto de los requisitos materiales, 1º) la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; 2º) ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 976/2002, de 24 de mayo); 3º) ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS núm. 1289/1999, de 5 de marzo); y 4º) ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

3.1.2. Supuesto especial de prueba necesaria, en el procedimiento ordinario, no propuesta en el escrito de conclusiones provisionales.

Esa es la pregunta, qué hacer si se trata de un procedimiento ordinario y en el escrito de conclusiones provisionales no se propuso a un testigo importante.

Sabido es que en el procedimiento ordinario no existe una previsión semejante a la del art. 786.2 LECrim. para el procedimiento abreviado de proponer prueba al inicio del juicio oral para practicarla en el acto. En principio, la única solución factible sería acudir al art. 729 sabiendo que la denegación por el Tribunal de la prueba así solicitada no está sometida en todo caso al rigor de la prueba propuesta en tiempo y forma.

Recuerdan las SSTS 6-7-2000 y 18-6-2004, que el ejercicio por el Tribunal de las facultades prevenidas en el art. 729 de la LECrim. no es arbitrario, por lo que puede ser objeto de revisión casacional cuando pueda ocasionar indefensión por limitar de modo no razonable el derecho a la prueba aplicando un criterio excesivamente formalista o restrictivo, como ha sucedido en el presente caso.

Sin embargo, aun tratándose del procedimiento ordinario, es posible otra vía. Siempre que concurren los presupuestos que ahora se dirán, señalados por la jurisprudencia, cabe invocar el art. 786.2 al inicio de las sesiones del juicio oral, para proponer prueba para practicar en el acto. Debe aclararse que se trata de una línea jurisprudencial ya consolidada y que, de alguna manera, quedó reforzada, precisamente, con la posibilidad legalmente admitida para el procedimiento abreviado, tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial, de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permitía el antiguo art. 793-2º y actual 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24-10.

Las SSTS números 872/2008, de 27-11 y 912/2016, de 1-12, con cita de otras muchas (SSTS de 17 de Diciembre de 1998 -Caso Marey-, 6 de Julio de 2000, 16 de Julio de 2004, 30 de Marzo de 2006 ó 1060/2006 de 11 de Octubre), reiteran los presupuestos ya enunciados por otras: a) La proposición esté justificada de forma razonada. b) No suponga un fraude procesal. c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

El proceder que señalan estas sentencias es: 1º) Como tiene que ser prueba que se practique en el acto, es el Fiscal el que tiene que traerla a la sede del Tribunal. 2º) Al inicio del juicio oral, como petición principal, debe solicitar que por aplicación del art. 786.2 se abra turno de intervenciones para proponer prueba para practicar en el acto (para evitar extrañezas del Tribunal es conveniente matizar que la petición viene avalada por la doctrina del TS que la permite) o, subsidiariamente, que la prueba sea admitida por aplicación del art. 729.2º.

Si, como ha sucedido en otras ocasiones, el Tribunal deniega la apertura del turno o, directamente, la proposición probatoria (o hacer uso del art. 729), procede alegar que

se solicita para proponer el testigo (o la prueba) que sea y hacer constar en acta la protesta por la denegación del medio de prueba. Es adecuado solicitar que se incluyan las preguntas a formular. Debe invocarse, expresamente, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva al Fiscal.

El supuesto que contempló la STS nº 872/2008, de 27-11, fue el siguiente: Constatada la omisión en el escrito de calificación, el Fiscal cita telefónicamente a la testigo (era la víctima de la agresión sexual), al objeto de que compareciera al Plenario. Llegado el día señalado para el inicio de las sesiones del juicio oral, el Ministerio Fiscal instó la apertura del trámite de audiencia preliminar del art. 786 LECrim., solicitando la apertura del mismo, no obstante tratarse de una causa tramitada por las normas del Sumario, y, asimismo, interesó que se admitiera como nueva prueba a practicar en el plenario, la testifical de la persona concernida que, como ya se ha dicho, había sido citada por el Ministerio Fiscal y se encontraba en la sede judicial a disposición del Tribunal. El Tribunal denegó las dos peticiones (no hace falta decir que absolvió) y el Ministerio Fiscal efectuó la correspondiente protesta a los efectos de formalizar en su día recurso de casación (en la actualidad se trataría del recurso de apelación).

La Sala II ofreció la siguiente contestación:

- Está fuera de toda duda la legitimidad del Ministerio Fiscal para alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se proyecta en este caso en el derecho a proponer pruebas que sostengan su acusación. El Ministerio Fiscal es parte necesaria en todo proceso penal -excepto los delitos estrictamente privados-, y al mismo tiempo garante del interés público en los términos recogidos en el art. 1 del Estatuto Orgánico aprobado por Ley 50/81 que la Ley 24/2007 de 9 de Octubre ha venido a reforzar como se acredita con la nueva redacción dada al art. 3 del Estatuto. También debemos citar el art. 124-1º de la Constitución.

- La petición se justificaba por la realidad del error sufrido por el Fiscal, y, obviamente no entrañaba ningún fraude procesal ni obstáculo al principio de contradicción, pues es obvio, que dicha testigo sería interrogada por la acusación y la defensa y por otra parte consta la declaración de la citada persona en sede policial y judicial durante la tramitación de la causa, por lo que no se trataba de una testigo

sorpresiva, u ocultada hasta ese momento.

3.1.3. Supuesto de exclusión probatoria.

Recientemente, la Sala II se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. La traigo a colación porque refleja por dónde va la Sala II en esta materia y a los efectos de evitar un recurso de apelación que tenga por objeto un motivo como el que aquélla resuelve.

La STS 980/2016, de 11-1-2017, se pronuncia sobre unas diligencias de investigación en las que se interrogó al sospechoso, se había tomado declaración a los testigos, se había valorado la documentación remitida por la policía y se había acordado la práctica de una diligencia pericial integrada, a su vez, por un cuerpo de escritura y por un dictamen técnico suscrito por dos agentes especializados en grafística, todo ello, sin la intervención de letrado.

La referida Sentencia advierte que de lo que se trata es de responder al interrogante acerca de si el estándar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso su relajación, en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias. Tras citar los arts. 773.2 LECrim. y 5 y 19 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, viene a asentar:

1º) El acto procesal, por definición, es de naturaleza jurisdiccional. Los actos de prueba susceptibles de integrar la apreciación probatoria a que se refiere el art. 741 de la LECrim sólo pueden emanar de un órgano jurisdiccional. Conforme a esta concepción, parece evidente que atribuir, sin más, eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por el Fiscal, al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773 de la LECrim, supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de aquél.

2º) Nada impide que el informe pericial grafológico elaborado a instancias del Ministerio Fiscal (admite que puede realizarse en las diligencias de investigación) con el

fin de resolver acerca de la procedencia, en su caso, de entablar una querrela, pueda convertirse con posterioridad en una fuente de prueba, pero no en virtud de una idoneidad originaria, sino como consecuencia de su fuerza probatoria sobrevenida por emitirse ante un Órgano jurisdiccional.

3º) Por consiguiente, entiende la Sentencia que no erró la Audiencia Provincial cuando proclamó la inidoneidad como prueba preconstituida del dictamen pericial elaborado en el marco de las diligencias preliminares practicadas por el Fiscal. La ausencia de Letrado durante el desarrollo de todas y cada una de esas diligencias – singularmente, las de carácter personal- y, sobre todo, su naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal, impiden ver en ese dictamen de los expertos una fuente de prueba susceptible de integrarse en el material valorable por el órgano decisorio.

3.2. Los supuestos en los que el Tribunal acuerda declarar nula una prueba y, por tanto, no valorarla dictando sentencia absolutoria por inexistencia de prueba de cargo.

Suele ocurrir con las intervenciones telefónicas, de la correspondencia, paquetes, registros, pero también con otras diligencias, como la de reconocimiento en rueda (que no vicia la declaración testifical) incluso con las propias testificales (art. 416).

En principio, ante semejante suceso procesal acontecido en el juicio oral, debiera el Fiscal centrarse en aquellas pruebas que no tenga una “conexión causal” con la fuente de prueba contaminada. Ello permitirá, si recayera sentencia condenatoria, ante el eventual recurso de la defensa, encontrar resortes en los que basar la declarada destrucción de la presunción de inocencia por el Tribunal de instancia. La STS 29-1-2008 ofrece pautas en un supuesto harto frecuente, en cuanto a la conexión de antijuricidad entre lo declarado nulo y la prueba valorada en sentencia, ex art. 11.1 LOPJ, en el caso de la prueba testifical y los registros domiciliarios acordados por el conocimiento que se tenía de hecho en virtud de las intervenciones declaradas nulas: a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta. b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen

independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación. c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando “conexión de antijuricidad”, es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

Por lo demás, en caso de declaración de nulidad de una prueba y consiguiente sentencia absolutoria, es necesario que en el acto del juicio oral se alegue la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se pretenda del Tribunal del recurso que declare la validez de la prueba y la nulidad de la sentencia con devolución al Tribunal de instancia para que valore la prueba antes declarada nula y dicte nueva sentencia. El párrafo 3º del art. 790.2 LECrim. establece que *“Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia... será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”*.