

**EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.
NOVEDADES PROCESALES
(una visión algo crítica)**

JORGE RABASA DOLADO
Fiscal Jefe Provincial de Alicante
Doctor en Derecho

**Curso: La nueva regulación del recurso de apelación.
La generalización de la segunda instancia. Recurso de revisión**

CEJ
27 de Abril 2017

EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.

NOVEDADES PROCESALES

(una visión algo crítica)

RESUMEN

Ley 41/2015, de 5 de octubre, que reforma la de Enjuiciamiento Criminal, generaliza la segunda instancia, adaptándola -dice- a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Al mismo tiempo completa la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento de aquél y al contenido de la sentencia que el órgano “ad quem” podrá dictar en esos casos, conforme a las exigencias que dimanarían del principio de inmediación de acuerdo con la doctrina constitucional. Ello supone una ampliación de garantías para los acusados-procesados, pero al mismo tiempo, puede implicar un mayor desequilibrio aun entre la posición de éstos y la de las víctimas-perjudicados del delito, que poco antes habían tratado de paliar otras normas.

Palabras clave:

Segunda instancia, apelación, error en la valoración de la prueba, inmediación, asimetría, interpretación equilibrada.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS: ¿RETROCESO EN LOS DERECHOS DE VÍCTIMAS Y PERJUDICADOS? 2.1. ANTECEDENTES Y JURISPRUDENCIA. 2.1.1. Normas internacionales. 2.1.2. Jurisprudencia. 2.1.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.1.2.2. Tribunal Constitucional. 2.1.2.3. Tribunal Supremo. 2.1.2.4. Audiencias Provinciales. 2.2. CRÍTICA DOCTRINAL A LA REFERIDA JURISPRUDENCIA POR LA ASIMETRÍA ENTRE LOS RECURSOS DE DEFENSAS Y ACUSACIONES. 2.3. LA REFORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN VERSUS EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO Y LAS NORMAS INTERNACIONALES PRECEDENTES. 2.3.1. Un poco de Historia. 2.3.2. El tratamiento de las víctimas de delitos en la normativa de la ONU y de la Unión Europea. 2.3.3. El espíritu de la Ley 4/2015. 2.3.4. Posición de las acusaciones: alternativas posibles. 3. SENTENCIAS A LAS QUE AFECTA LA REFORMA. 3.1. REGULACIÓN. 3.2. DIFERENCIA CON OTROS CASOS. 3.2.1. Procedimiento por delitos leves. 3.2.2. Procedimiento de la Ley del Jurado. 4. PLANTEAMIENTO Y TRAMITACIÓN DEL RECURSO SEGÚN EL MOTIVO ELEGIDO. 4.1. MOTIVOS (ENUMERACIÓN). 4.2. ADHESIÓN. 4.3. PETICIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. 4.3.1. Proposición de pruebas. 4.3.2. Reproducción de la grabación. 4.3.3. Vista. 4.4. REVOCACIÓN O ANULACIÓN DE LA

SENTENCIA APELADA SEGÚN LOS CASOS. 4.4.1. Casos de error en la apreciación de la prueba. 4.4.2. Por quebrantamiento de forma o garantías. 4.4.2.1. *Subsanación o no en la propia segunda instancia.* 4.4.2.2. *La omisión de hechos probados.* 4.4.3. Casos de infracción de ley. 4.5. ¿NUEVA VALORACIÓN, NUEVO JUICIO, NUEVA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL A QUO? 5. HACIA UNA INTEPRETACIÓN “EQUILIBRADA” DE LOS MOTIVOS DE APELACIÓN. 5.1. POR INFRACCIÓN DE LEY. 5.2. LOS CRITERIOS DE LA FALTA DE RACIONALIDAD, APARTAMIENTO MANIFIESTO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y OMISIÓN DE TODO RAZONAMIENTO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA. 5.2.1. Sentencias que confirman una absolutoria. 5.2.2. Sentencias que revocan una absolutoria. 5.2.3. Sentencias que confirman una condenatoria. 5.3. LA ILÓGICA, IRRACIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LOS CASOS DE COLISIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE INVESTIGADOS-IMPUTADOS CON LOS DE VÍCTIMAS-PERJUDICADOS. 6. CUESTIONES ORGANIZATIVAS DE LAS FISCALÍAS ANTE EL NUEVO RECURSO ANTE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. 6.1. COORDINACIÓN ENTRE LAS FISCALÍAS PROVINCIALES Y DE TSJ. 6.2. EL CONTROL DE PRESOS. 6.3. ¿QUÉ FISCAL INTERVIENE EN SEGUNDA INSTANCIA? 6.4. ¿A QUIÉN CORRESPONDE PREPARAR EL EVENTUAL RECURSO DE CASACIÓN? 7. CONCLUSIONES.

1.- INTRODUCCIÓN

Se ha escrito muchísimo sobre la necesidad de la segunda instancia en todos los procesos penales y sobre las facultades de los Tribunales *ad quem* en ella. Al respecto se han publicado numerosas monografías y artículos doctrinales. No se pretende con este trabajo hacer un compendio de citas de todos o gran parte de ellos, sino resaltar, al hilo de la publicación de la Ley 41/2015, la consolidación que ésta refleja de las diferencias de posición en que quedan las defensas y las acusaciones y ofrecer alguna posible pauta para paliar la misma.

La citada 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*, procede a generalizar la segunda instancia. Completa de esta forma las previsiones de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que modificando los arts. 73, apartado 3, letra “c” y 64 bis, apartado 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la atribuyó a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, y creó una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Pero esas novedades no llevaron a la vez una correlativa modificación de la LECrim, situación que se ha prolongado hasta la citada Ley 41/2015. El nuevo recurso es aplicable a los procedimientos penales incoados con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, el 6 de diciembre de 2015 (independientemente de la fecha de comisión del delito), y no tiene carácter retroactivo, según su Disposiciones Final 4ª y Transitoria única).

La nueva Ley establece diferencias entre los recursos que pueden presentar las defensas y los de las acusaciones, basándose, dice su Preámbulo, en las exigencias del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional. También entre la resolución del recurso, según afecte a sentencias que en primera instancia hubieran sido absolutorias o condenatorias. De esta forma parece consagrar el desequilibrio entre la posición de los imputados-acusados frente a la de las víctimas-perjudicados que parece contrario a los principios de otras normas internacionales y de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, aprobada sólo unos meses antes (y a los de las normas internacionales de las que trae causa), que trataba de paliar la distinción entre los derechos procesales de unos y otros; lo que se acentúa teniendo en cuenta que se aplica la nueva regulación no sólo a los recursos que instaura frente a las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sino también a los que ya existían respecto de las dictadas por los Juzgados de lo Penal. En definitiva, la Ley 41/2015, como su nombre indica, fortalece las garantías procesales, pero sólo para una parte.

Por otro lado, esa posibilidad de recurrir en apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia (y, en su caso, ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional), obliga a una importante coordinación entre las Fiscalías adscritas a esos Tribunales con las subordinadas a las mismas, cuestión respecto de la que también hago una breve referencia.

2. EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS: ¿RETROCESO EN LOS DERECHOS DE VÍCTIMAS Y PERJUDICADOS?

2.1. ANTECEDENTES Y JURISPRUDENCIA

2.1.1. Normas internacionales

El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que *toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

La interpretación general de tal precepto se contiene en la Observación General nº 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas¹.

¹ De ella conviene destacar los siguientes puntos (para una mejor comprensión de lo que se va a tratar después):

« 45. (...) La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que éste es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna (...) se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión, así como la determinación del tribunal que se encargó de ello de conformidad con el Pacto.

El párrafo 5 del artículo 14 no exige a los Estados Partes que establezcan varias instancias de apelación. Sin embargo, la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas.

48. (...) el párrafo 5 del artículo 14 no exige un nuevo juicio o una nueva "audiencia" si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa... ».

Suele decirse que el derecho a esa segunda instancia deriva también de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el art. 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio nº 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (Convenio Europeo), y el art. 2 de su Protocolo número 7². En ese sentido debiéramos decir más bien que derivará de lo previsto en el referido Protocolo nº 7, porque el artículo 6 del Convenio, ubicado dentro del Título I relativo a Los Derechos y Libertades, no lo menciona entre los derechos de los acusados de un delito, ni en el genérico párrafo 1, ni en los específicos 2 y 3.³

Como digo, donde sí viene expresado es en el artículo 2 del Protocolo número 7 del citado Convenio Europeo, que establece:

« 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley ».

Pero el propio precepto (párrafo 2) establece que este derecho *podrá* ser objeto de las siguientes *excepciones*:

- En caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley,
- Cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal,
- *O haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.*⁴

² En vigor en España desde el 1 de diciembre de 2009, BOE de 15 de octubre del mismo año, nº 249.

³ Lo que el artículo 6 establece en relación con el Derecho a un proceso equitativo, es:

«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 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 (...)*

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 de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; 10 11*

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 carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;*

d) *a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e 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*

».

⁴ Aunque los tres casos son literales destaco en cursiva este último por la incidencia que tiene en lo que trataré más tarde.

Ahora bien, de esas excepciones, las dos últimas parecen contrarias a lo indicado en el punto 47 de la Observación General nº 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, conforme al cual:

« El párrafo 5 del artículo 14 [del Pacto] se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior.

Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto ».

El Protocolo nº 7 del Convenio Europeo (de 1984) es posterior al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 1966). Y de todas formas la Observación General nº 32 de éste (de 2007), en su punto 48, tras decir que el párrafo 5 del artículo 14 no exige un nuevo juicio o “audiencia” si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa, añade que no se viola el Pacto si un tribunal de instancia superior examina con todo detalle las alegaciones contra una persona declarada culpable, analiza los elementos de prueba que se presentaron en juicio y los mencionados en la apelación y llega a la conclusión de que hubo suficientes pruebas de cargo para justificar el dictamen de culpabilidad en el caso de que se trata.

2.1.2. Jurisprudencia

2.1.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) parte de la idea de que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar el modo de garantizar la aplicación del derecho al recurso contra las sentencias penales condenatorias.

También de que la revisión del tribunal superior puede abarcar puntos de hecho y de derecho o limitarse exclusivamente a aspectos jurídicos. Así, la STEDH 30 de octubre de 2014 (caso Shvydka contra Ucrania).

Pero en entre otras, en SSTEDH de 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani contra Suecia), o de 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania) señaló a su vez que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se debe fundamentar en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

Comunicaciones del Comité de Derechos Humanos

· En cuanto al valor del recurso de casación (en España) como modo de llenar lo previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional:

Nº 701/1996 C. Gómez Vázquez c. España.

(...) la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto (...)

Pero esta misma comunicación admite que el sistema español prevé distintos tipos de recurso según la gravedad del delito y el Comité considera que un tratamiento diferenciado respecto de diferentes delitos no constituye necesariamente una discriminación.

Nº 1007/2001 M. Sineiro Fernández c. España.

La imposibilidad del Tribunal Supremo, como única instancia de apelación, de revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia equivalió, en las circunstancias de ese caso, a una violación del artículo 14, párrafo 5.

Lo contrario parece deducirse de las siguientes:

De la Nº 1293/2004 M. de Dios Prieto c. España.

Del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó detenidamente la valoración de las pruebas efectuada por el tribunal de instancia en relación con el delito de cohecho, y llegó a la conclusión de que dicha valoración había sido correcta. En opinión del Comité, la queja relativa al artículo 14, párrafo 5 no se ha fundamentado suficientemente.

Igualmente la Nº 1391/2005 B. J. Rodrigo Alonso c. España.

El Comité observa que el Tribunal Supremo realizó una revisión de la decisión dictada por la Audiencia Provincial, revisión que se centró fundamentalmente en cuestiones de hecho y pruebas. El Comité considera que la queja del autor basada en el párrafo 5 del artículo 14 no se ha fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad, y concluye que es inadmisibile.

También de la Nº 1360/2005 L. Oubiña c. España.

El Comité observa que de la decisión del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 se desprende que este Tribunal revisó la valoración de las pruebas realizada por la Audiencia Nacional. En consecuencia, el Comité no puede concluir que el autor haya sido privado de su derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior

· Respecto del caso de haber sido condenado por primera vez el acusado al resolverse un recurso contra su absolución previa:

Nº 1095/2002 Bernardino Gomaríz Valera c. España.

La circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación.

- En cuanto a la necesidad o no de celebrar una nueva vista en la apelación:

Nº 536/1993 F. P. Perera c. Australia.

El Comité observa que el párrafo 5 del artículo 14 no requiere que el Tribunal de Apelación proceda a una nueva vista de los hechos, sino que evalúe las pruebas presentadas durante el juicio y la forma en que se desarrolló éste.

Caso Meftah y otros contra Francia (Demandas nº 32911/96, 35237/97 y 34595/97). Reitera la doctrina expuesta en Ekbatani y posteriores referida a que la ausencia de vista pública en la segunda o tercera instancia puede estar justificada por las especiales características de los procedimientos en cuestión (apartado 41).

- Respecto de la necesidad o no de la presencia del acusado en la apelación

Caso Kamasinski contra Austria (Demanda nº 9783/82)

El TEDH expresa que la presencia personal del afectado no tiene la misma significación en una audiencia en apelación que en la del juicio en primera instancia. Consecuentemente, las autoridades nacionales tienen un margen de apreciación para decidir en que extensión se justifica un tratamiento diferente.

Caso Arnarsson contra Irlanda (Demanda nº 44671/98)

Condena en apelación pese a absolución en la instancia. Reitera la doctrina expuesta en el caso Botten y estima vulneración del art. 6.1 porque el Tribunal tiene la obligación de adoptar las medidas para oír al afectado en audiencia pública tratándose de cuestiones de hecho (apartados 29 a 38).

2.1.2.2. Tribunal Constitucional

En lo concerniente al derecho al recurso contra sentencias condenatorias penales

En la STC nº 123/2005, de 12 de mayo, de acuerdo con lo dicho por el TEDH estimó al respecto:

- Que ese derecho no implica una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en la 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.
- Que, en consecuencia, no es exigible constitucionalmente que dicho recurso implique la celebración de un nuevo juicio íntegro.
- Que el legislador tiene libertad para establecer tanto cuál deba ser el Tribunal superior como el modo en que éste haga efectiva la revisión de la condena y la pena.
- Y que, por tanto, el legislador tiene libertad de configurar el recurso bien como un nuevo

juicio, bien como una revisión del fallo condenatorio y de la pena ⁵.

También, que como la normativa internacional no exige que el examen por otro Tribunal de la sentencia condenatoria se denomine *apelación* y otorga libertad al legislador interno a para determinar cuál sea el referido *Tribunal superior*, eso permitía, antes de la reforma, que, dentro de nuestro Ordenamiento, fueran tanto el recurso de apelación como el de casación los que abrieran al condenado el acceso a dicho Tribunal superior.

En lo relativo a las facultades del Tribunal ad quem

- Inicialmente nuestro TC efectuó las siguientes consideraciones:

· Que, a diferencia del recurso de casación, «el 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».

· Y que lo anterior «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*».

En ese sentido pueden verse las SSTC n° 172/1997, de 14 de octubre; 120/1999, de 28 de junio; ATC n° 220/1999, de 20 de septiembre.

- Modificación del criterio:

Tuvo lugar en la *STC n° 167/2002, de 18 de septiembre*, inspirándose -entre otras- en las SSTEDH arriba citadas.

Conforme a dicha resolución, cuando se recurre una sentencia absolutoria se precisa, por respeto a los principios de publicidad, inmediatez y contradicción, que toda condena (en segunda instancia) articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

Luego, tal doctrina constitucional fue reiterada en otras muchas resoluciones (entre ellas las SSTC n° 126/2012, de 18 de junio; 22/2013, de 31 de enero; o 43/2013, de 25 de febrero). En su virtud se estimó contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore

⁵ Véase en ese sentido el *Borrador de Circular de la Fiscalía General del Estado sobre algunas cuestiones organizativas que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal*, al que nos referiremos en este trabajo porque en la fecha de redacción del mismo aun no se ha publicado la Circular definitiva al respecto. Dicho Borrador se presentó en la Junta de Fiscales Superiores celebrada en la FGE el 25 de octubre de 2016, y fue facilitado a las Fiscalías a título orientativo hasta la publicación de aquélla.

su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora y sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías tales pruebas (aunque se refiere a las pruebas personales como las declaraciones de testigos, peritos y acusados: SSTC nº 197/2002, de 28 de octubre, o 1/2010, de 11 de enero), no a las que no hubieran sido objeto de inmediación, como la documental (SSTC nº46/2011, de 11 de abril y 120/2009, de 18 de mayo) o las inferencias realizadas por el Tribunal de primera instancia con base en la prueba practicada (STC nº 46/2011, de 11 de abril y 64/2008, de 26 de mayo), según expondré más adelante.

En similares términos la STC 20-5-2013, nº 119/2013, que estima lesionados los derechos del recurrente a un proceso con todas las garantías (FJ 4) y a la presunción de inocencia (FJ 5). Considera que la condena se fundó en una nueva valoración de las pruebas de carácter personal y se pronunció sin haber celebrado vista pública.

Respecto del recurso frente a sentencias absolutorias y la nulidad de éstas

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 (así, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, 71/2002, de 8 de abril, y 270/2005, de 24 de octubre).

Lo anterior supone una diferencia del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias el cual que queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE al quedar incorporada la normativa internacional a través de la previsión del art. 10.2 CE (STC 123/2005, de 12 de mayo).

Ahora bien, una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del mismo pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal (SSTC 115/2002, de 20 de mayo y 270/2005, de 24 de octubre). Esta vertiente del artículo 24.1 CE 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, de 4 de abril).

Diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o acusadas

ATC 63/1997, de 6 de marzo:

«No todos los derechos del art. 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así, el derecho a la tutela, la «igualdad de armas», el derecho a la prueba, etc.), asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa». Así, ha estimado que derechos tales como “el derecho a un juez imparcial o al principio acusatorio, la presunción de inocencia y naturalmente el derecho penal de defensa asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde reclamar su protección constitucional a

las partes acusadoras »

Sin embargo, según el TC el citado art. 24 CE «incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos sus partícipes y, entre ellas, que no se produzca un cierre arbitrario del acceso al proceso» (STC 116/1997, de 23 de junio).

Ponderando todo ello, el TC ha establecido la «posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, sólo en aquellos casos en que se haya producido la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que, en tal caso, propiamente no se puede hablar de proceso ni permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable » (Cfr. STC 4/2004, de 16 de enero, y STC 23/2008, de 11 de febrero).

2.1.2.3. Tribunal Supremo

Nuestro Tribunal Supremo había expresado, también con anterioridad a la reforma, que la implantación de un modelo de apelación plena “supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas” (entre otras, SSTS nº 1423/2011, de 29 de diciembre y 32/2012, de 25 de enero).

· *Posibilidad de revocar en casación una sentencia absolutoria de la AP que a su vez revocaba en apelación una condenatoria* (de un Tribunal de Jurado)

La STS nº 299/2013, de 27 de febrero, lo admitió, diciendo:

« La rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego anulada en apelación no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba (...) En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría *ex novo* esta Sala Segunda por vía de recurso. (...) No cabría una *primera* condena en casación pero sí rescatar una condena anulada. También este Tribunal de casación ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la admisibilidad de ese tipo de pronunciamiento sin necesidad de una nueva audiencia al reo en trámite de recurso como resultaría de una precipitada e irreflexiva aplicación de la doctrina citada. (...) Pues bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado».

En semejantes términos la STS 1385/2011, de 22 de diciembre.

Nulidad de sentencias absolutorias

El Tribunal Supremo, con anterioridad a la reforma, había establecido fundados criterios sobre los casos de nulidad de sentencias absolutorias por error en la valoración de la prueba, admitiendo la posibilidad de estimar que se había visto afectado el derecho a la tutela judicial

efectiva de las acusaciones:

« El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del tribunal de instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (...) La consecuencia de su estimación no es ni el imponer al tribunal de la instancia una convicción que no obtuvo, ni sustituir la suya por otra fundada en pruebas que el tribunal de casación no presenció, sino que es la apreciación de la falta de tutela judicial efectiva en la medida en que la irracionalidad valorativa en la sentencia es incompatible con los cánones de una motivación verdaderamente expresiva de una decisión no arbitraria (...) Cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios” (SSTS nº 178/2011 de 23 de febrero y 631/2014 de 29 de septiembre). La nueva regulación completa estos postulados al establecer en la ley procesal un cauce específico para lograr la nulidad, determinando su alcance (arts. 238.6 LOPJ y 792.2 LECrim)».

Pero ello se refiere a supuestos excepcionales y no de mera discrepancia valorativa:

« La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés” (entre otras, SSTS nº 350/2015, de 21 de abril y 397/2015, de 29 de mayo). Sólo alcanza –añaden las resoluciones referidas- a “supuestos absolutamente excepcionales” y no alcanza a cuestiones que se mueven en el ámbito de la “discrepancia valorativa” (STS 923/2013, de 5 de diciembre). Estos casos de “error patente” en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta la decisión determinarán la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando “se trate de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial, predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que despliegue efectos negativos en la esfera del justiciable» (entre otras SSTC 78/2002, de 8 de abril y 141/2006, de 8 de mayo).

Nulidad de sentencias condenatorias

Como analizo más adelante, el Tribunal Supremo ha expresado que no es posible aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable (así, SSTS nº 350/2015, de 21 de abril y 397/2015, de 29 de mayo).

Los requisitos de motivación son diferentes según la sentencia sea condenatoria o absolutoria

En el segundo de los supuestos hay que tener en cuenta que la absolución se justifica cuando exista una duda razonable, y no cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado (STS 1547/2005, de 7 de diciembre).

2.1.2.4. Audiencias Provinciales

AP Girona, sec. 3ª, S 15-2-2006, nº 52/2006 (EDJ 2006/301817)

« No puede la Sala acceder a la condena que se solicita pues según establece reiterada doctrina jurisprudencial la misma no puede entrar a valorar la culpabilidad del acusado en la primera instancia y hoy apelado sin haberle oído y sin recibir con inmediación aquellas pruebas de las que se hace depender su culpabilidad, pues ello significaría la vulneración del derecho fundamental al proceso con todas las garantías ».

En similares términos las SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, de 10-5-16, nº 188/16 (EDJ 2016/117892)

2.2. CRÍTICA DOCTRINAL A LA REFERIDA JURISPRUDENCIA POR LA ASIMETRÍA ENTRE LOS RECURSOS DE DEFENSAS Y ACUSACIONES

La jurisprudencia anteriormente expuesta, especialmente la del Tribunal Constitucional, no siempre ha sido alabada sino que también ha sido objeto de serias críticas. Sirva aquí a modo de síntesis lo expuesto de forma detallada por RICHARD GONZÁLEZ⁶, que inicia resumiendo así:

« La persistente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los límites de los Tribunales de segunda instancia para revisar la prueba directamente inmediada por los Tribunales de primera instancia en el supuesto de apelación de sentencias absolutorias socava gravemente los principios del derecho y la lógica del sistema de apelación revisorio como recurso ordinario.

La consecuencia más evidente es la limitación de los derechos de las víctimas al impedirles utilizar el recurso de apelación de forma efectiva y la práctica firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia del proceso penal».

Partiendo de tal idea el referido autor muestra su desacuerdo, entre otros, con los siguientes criterios del Tribunal Constitucional surgidos a partir de la ya mencionada Sentencia 167/2002. Destaco aquí algunos aspectos de dicho trabajo, con citas literales del mismo por ser muy ilustrativas:

· *Sobre las facultades de de revisión por el Tribunal ad quem*

« Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afectado notablemente el sistema de apelación revisora vigente en nuestro sistema de derecho procesal que ha quedado *dañado* al restringir el ámbito de conocimiento del Tribunal de segunda instancia respecto a la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo (...) si bien el TC admite la posibilidad de revisar el proceso deductivo del Tribunal a quo, sin modificar el relato de hechos probados, la realidad es que en muchas sentencias el TC ha declarado que esa es también una actividad proscrita para el Tribunal *ad quem* al afectar al criterio valorativo del Tribunal a quo (Véanse en este sentido, entre otras, las SSTC 120/2009, 184/2009, 144/2012) ».

⁶ RICHARD GONZÁLEZ, M. (Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA. Investigador y miembro académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE), en «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal», *Diario La Ley*, Nº 8014, Sección Tribuna, 1 de Febrero de 2013, Año XXXIV, Ref. D-39.

Por eso dice también que «las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia son devastadoras al impedir que los Tribunales de segunda instancia cumplan con su función para proveer conforme a derecho a las peticiones contenidas en los recursos de apelación especialmente las referentes a la impugnación por error en la valoración de la prueba».

· *Sobre la repetición de la prueba en segunda instancia:*

- Expresa que en los casos en que dicho Alto Tribunal sí exige la repetición de prueba en una vista contradictoria, las dificultades que ello genera son muchas e insalvables.

- Por otra parte resalta la absoluta falta de sentido que supone repetir una prueba en segunda instancia.

- Resulta evidente que la prueba sólo se puede practicar una vez: si se vuelve a interrogar al acusado, a los testigos o a pedir a los peritos que informen lo estarán haciendo de nuevo aportando una prueba nueva y diferente a la que valoró el Juez de primera instancia. Se tratará de testigos y peritos cuya declaración o informe en la alzada serán valorados por primera vez por tratarse de una declaración distinta de la que tuvo lugar en la primera instancia. Todo ello con el agravante de tratarse de declaraciones sospechosas en tanto que los que comparezcan en segunda instancia lo harán prevenidos por las partes sobre las dudas y contradicciones que pudiera haber suscitado su declaración en primera instancia.

En definitiva, añade, «ningún sentido tiene repetir en apelación ninguna clase de prueba, ya que en ese caso el Tribunal de apelación estaría conociendo de un nuevo juicio no revisando en apelación. (...) siendo así la vía de recurso sería interminable puesto siempre cabría un nuevo recurso puesto que la sentencia de apelación se habría pronunciado sobre un objeto procesal renovado con la repetición de la prueba».

· *Sobre la reproducción en segunda instancia de la grabación de la prueba practicada en la primera:*

«La lógica jurídica establece, como siempre se ha entendido, que la argumentación errónea, arbitraria, irracional y/o ilógica de la que puede adolecer la sentencia de primera instancia respecto a la valoración de la prueba debe poder ser revisada por el Tribunal de apelación siempre a instancia de parte auxiliándose a ese efecto de la sentencia de primera instancia, de las alegaciones del recurrente y, muy especialmente, de la posibilidad de reproducir la prueba contenida en soporte audiovisual en una vista de apelación en la que las partes podrán alegar y argumentar sobre sus respectivas posiciones procesales en un acto oral y contradictorio».

« Este es un nuevo medio de prueba en segunda instancia que se introdujo por la Ley 13/2009 y que permite a las partes en la apelación solicitar: «proposición de prueba o reproducción de la grabada... (arts. 791.1 LECrim) ».

Se muestra contrario así al criterio de la STC 120/2009 que rechaza dicha reproducción de la grabación que la Audiencia Provincial acogió como base para revocar una sentencia absolutoria, porque la Audiencia no había convocado una vista pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral en primera instancia.

· *En cuanto a la exigencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de recursos frente a sentencias absolutorias:*

«... lo único que exige en esos casos el TEDH es la celebración de una vista contradictoria en apelación con audiencia del acusado (STEDH de 26 mayo 1988, caso Ekbatani)⁷ ».

« (...) en realidad, la jurisprudencia del Tribunal Europeo permite adoptar varias soluciones que permitan garantizar los derechos del acusado absuelto en la segunda instancia. Y a ese fin, para poder considerar que ha existido un juicio justo, es suficiente con la celebración de una audiencia pública en la que pueda existir contradicción y se pueda oír personalmente al acusado⁸ ».

Concluye:

«La sustanciación de una vista contradictoria en segunda instancia en el caso de la apelación de sentencias absolutorias con la citación de acusado y reforzada con la reproducción de la grabación del juicio sustanciado en primera instancia solucionaría todos los problemas de garantía de un juicio justo que se pueden plantear en apelación. Se trata de unas actuaciones que están previstas en nuestra ley procesal y a las que no resulta difícil dar cumplimiento».

« De ese modo existiría una jurisprudencia clara, sencilla y respetuosa con los derechos de todas las partes en el proceso. El problema se halla en la postura del Tribunal Constitucional en esta materia que, como se ha expuesto, ha ido mucho más allá de lo exigido por el TEDH para acabar socavando el sistema de apelación penal hasta obtener el resultado práctico de la firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia del proceso penal... »⁹.

⁷ Efectivamente [continúa] (...) se ha venido entendiendo que para poder establecer si un recurso observa o no los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, y concretamente el derecho a un juicio justo (art. 6.1), debe examinarse el sistema en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, con la finalidad de comprobar de que forma se garantizan los intereses y derechos de las partes. Y se concluye declarando que: “pudiendo justificarse la falta de una vista o debate público en la segunda o tercera instancia por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se hayan celebrado en la primera instancia... no se puede concluir, por lo tanto, que, como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar”.

Menciona también como fundamento de esas afirmaciones las STEDH García Hernández contra España. Sección 3.ª, Sentencia de 16 Nov. 2010, § 34; STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia; de 8 de febrero de 2000, caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino; 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, y 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros contra San Marino).

⁸ Cita aquí las STEDH Igual Coll contra España de 10 de marzo de 2009: «§ 36; STEDH de 13 diciembre de 2011 (caso Valbuena Redondo contra España. Sección 3.ª) y la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero contra España), conforme a las cuales dicho Tribunal Europeo es constante en el sentido de exigir, únicamente, la necesaria audiencia en apelación del acusado absuelto sin que se contenga la exigencia de repetición de la práctica de la prueba que en el recurso se hubiera impugnado por considerar errónea la valoración del Juez *a quo*.

⁹ Y después, tras advertir que esa jurisprudencia del Tribunal Constitucional genera inseguridad jurídica, expresa la idea de que en virtud de la misma las Audiencias Provinciales están procediendo a desestimar los recursos de apelación frente a sentencias absolutorias en primera instancia sin dar respuesta a la petición de revisión de la valoración de la prueba.

También podemos destacar la opinión de LÓPEZ LÓPEZ que al tratar de la apelación de las sentencias conforme a la Ley 41/2015 considera que « atendiendo a los motivos por los que procede, el recurso pasa de ser un recurso ordinario para las condenatorias, a otro extraordinario para las absolutorias... »¹⁰.

2.3. LA REFORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN *VERSUS* EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO Y LAS NORMAS INTERNACIONALES PRECEDENTES

Como hemos visto, la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015, según su Preámbulo, se funda en las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial 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 “estableciendo, dice, 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 refiere a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional).

Ello ha supuesto un trato dispar entre las posiciones de los acusados/procesados por un lado y las víctimas/perjudicados por otro, que culmina en la diferenciación de las posibilidades de recurso cuando lo que se invoca es el error en la apreciación de la prueba y en la distinción entre la resolución que puede dictar el Tribunal *ad quem*, según recurran las acusaciones o las defensas, como analizaré más adelante.

No se han tenido en cuenta otras normas, nacionales e internacionales que se promulgaron para velar por los derechos de las víctimas (y perjudicados). Tal vez sea así porque las mismas no hacen referencia específica al recurso de apelación o a la segunda instancia; es más, algunas de ellas en cuanto a las cuestiones procesales se remiten a la normativa nacional, pues sólo fijan unos mínimos. Pero de lo que refleja el espíritu de las mismas, de sus consideraciones sobre la protección integral que merecen aquéllas, podría haber derivado otra regulación distinta del referido recurso que, respetando los derechos de los acusados-procesados, lo fueran también de un modo más equilibrado con los de las víctimas y perjudicados del delito, porque tanto los Convenios internacionales hasta ahora descritos, como la propia jurisprudencia del TEDH y del Constitucional (anterior a 2002) pueden dar pie a ello.

2.3.1. Un poco de Historia

La posición de las víctimas (y perjudicados) en los procesos penales ha ido variando con el paso del tiempo.

¹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A.M. (Fiscal, Doctor en Derecho), en “El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, *Diario La Ley*, N° 8907, Sección Doctrina, 24 de enero de 2017.

En las primeras civilizaciones quienes causaban daños a otras personas quedaban a merced de éstas o sus familiares. Por eso la conocida *Ley del Talión* (en Babilonia, Código de Hammurabi), la famosa del «Ojo por ojo, diente por diente», que hoy podría parecernos aberrante, se consideró como un avance porque ponía límites a las represalias posibles de los perjudicados.

Según expone DRAPKIN: «En los albores de la civilización humana la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. Sin embargo, progresivamente, a medida que el Estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, el delincuente fue transformándose en el personaje principal de los estrados relegando a la víctima a un rol subalterno, primero, hasta llegar a ser totalmente olvidada, después»¹¹.

Pero son muchos más los autores que se hacen eco de esa idea de ser la víctima del delito la gran olvidada del Derecho. Así, NARVÁEZ RODRÍGUEZ¹² señala que «la proscripción de la defensa de los intereses propios a través de la venganza individual y la correlativa asunción por el Estado de *ius puniendi* produjeron como efecto la neutralización de la víctima del delito, impidiendo que cometiera otro en reacción al que ella había sufrido. Esta laudable evolución ha ocasionado, sin embargo, que durante décadas el olvido progresivo de la víctima en beneficio del infractor de la ley, considerado a lo largo de mucho tiempo la parte más débil del proceso penal. Tanto el Derecho Penal sustantivo, en cuanto Derecho sancionador, como el Procesal, en cuanto analizador de los necesarios mecanismo de garantía que han de configurar el derecho a un juicio justo, se volcaron de esta manera en el delincuente, relegando a la víctima a un mero plano marginal»¹³.

Posteriormente, desde la década de los años cuarenta del pasado siglo, a modo reacción a esa situación, fue naciendo una nueva rama del Derecho que se denominó Victimología¹⁴, que al

¹¹ «El Derecho de las víctimas». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.*, 1980, pág. 372.

¹² «La víctima: Su protección en el Derecho comparado. Especial referencia a los programas asistenciales». *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II* – 2000, Madrid, págs. 223 y ss.

¹³ En esa misma obra colectiva citada en la nota anterior, otros autores como ZARAGOZA AGUADO («La víctima y su protección asistencial en el derecho español»), también la consideraron como la gran olvidada del Derecho Penal y del Derecho Procesal. También HERRERO-TEJEDOR ALGAR («Intervención de la víctima en el proceso penal: estudio detallado del marco normativo sobre protección de testigos»), que igualmente considera que el imputado es el gran protagonista del proceso, quedando arrinconada la víctima, aunque estima que ésta, junto con el Estado y el imputado, constituyen los tres pilares sobre los que descansa el proceso penal.

¹⁴ Según NARVÁEZ RODRÍGUEZ (La víctima..., *cit.* págs. 225 y ss.), tuvo su origen en los estudios de VON HENTING (*El criminal y su víctima*, Yale, University Press, New Haven, 1948) y Beniamin MENDELSON (abogado israelí); así como en la Escuela positiva italiana, a GAROFALO (en *Riparazione alle vittime del delitto*, traducida en España por DORADO MONTERO) como *Indemnización a las víctimas del delito*. Menciona incluso que en 1895 PRINS, en el Congreso Penitenciario de París celebrado ese año denunciaba de forma irónica el tratamiento desigual a los protagonistas del delito. Y en nuestro país menciona al respecto a SANGRADOR, J.L. («La Victimología y el sistema jurídico penal», en *Psicología social y sistema penal*, Alianza Universidad, Madrid 1986) y LANDROVE DÍAZ, G., en *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

igual que otros estudios, como los de la Psicología social, se fueron preocupando por la situación de los sujetos pasivos de los delitos. Ello se plasmó más tarde en textos de ámbito internacional, como en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder de 29 de noviembre de 1985, y en el ámbito de la Unión Europea en la Recomendación Nº (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la posición de la víctima en los derechos penal sustantivo y procesal, aprobada el 28 de junio de 1985.

Poco a poco en algunos países como en el nuestro fueron aprobándose normas con programas tendentes a la asistencia y protección de los derechos de las víctimas en diversos ámbitos, unas veces incluyendo ayudas económicas a cargo de los propios Estados en determinados casos; otras reconociendo diferentes derechos en cuanto a su participación en los procesos en sus diversas fases, e incluso en el plano institucional con la creación de las Oficinas de Ayuda a las mismas. Así, en España se aprobaron algunas normas específicas para las víctimas de determinados delitos, como lo fueron la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Pero el legislador fue luego más lejos en su ánimo de protección y aprobó el Estatuto de la Víctima del que luego hablo.

2.3.2. El tratamiento de las víctimas de delitos en la normativa de la ONU y de la Unión Europea

· El propio *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*

Su artículo. 2.3 señala que cada uno de los Estados Partes se compromete a garantizar que «toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

Y añade que « la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra ... por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial »¹⁵.

Parte en su art. 14.1 de que todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de justicia.

¹⁵ Aunque la Observación General nº 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas señala: 58. « (...) en lo que respecta al derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto es una *lex specialis* en relación con el párrafo 3 del artículo 2 cuando se invoca el derecho de acceso a un tribunal de apelación ».

Cierto es que no el *Pacto* en sí, sino la antes citada Observación General nº 32 (2007) señala (12) que « el derecho a la igualdad de acceso a los tribunales y cortes de justicia, consagrado en el párrafo 1 del artículo 14, se refiere al acceso a los procedimientos de primera instancia y no aborda la cuestión del derecho de apelación u otros recursos »

Pero luego la propia Observación recoge (13) que « el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales. Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado».

Y sigue diciendo: « No hay igualdad de medios procesales si, por ejemplo, el fiscal puede recurrir una determinada decisión, pero el procesado no ». [Ante ello cabe preguntarse: ¿Y al revés no hay desigualdad?]

Pero es que, además, hay otras normas internacionales que refuerzan el papel y los derechos de las víctimas y que son *posteriores* al citado Pacto Internacional, que paso a exponer.

· *Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder de 29 de noviembre de 1985*

Acceso a la justicia y trato justo

« 4. Las víctimas (...) tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas (...) b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente ».

· *Aplicación de la Declaración de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*

« El Consejo Económico y Social, recomienda [42.2. b)] (...) la introducción de medidas legislativas que simplifiquen el acceso de las víctimas a la justicia penal para obtener indemnización y reparación ».

· *Recomendación Nº (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la posición de la víctima en los derechos penal sustantivo y procesal, aprobada el 28 de junio de 1985*

Considera que una función fundamental de la justicia penal debería ser la de responder a las necesidades de la víctima y la de proteger sus intereses.

Considera también que las necesidades y los intereses de la víctima deberían ser más tomados en cuenta “en todas las fases del proceso de la justicia penal”.

Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal

Parte de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, en particular su punto 32, que establecen que deberán elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en concreto sobre su acceso a la justicia.

Y establece al respecto:

« Artículo 2 Respeto y reconocimiento

Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.

Artículo 3 Audición y presentación de pruebas

Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba ».

· E igualmente la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye aquélla Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.*

Cita que en el marco del Programa de Estocolmo — Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (5), adoptado por el Consejo Europeo en su sesión de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, se solicitó a la Comisión y los Estados miembros que analizaran cómo mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo para la protección de las víctimas, entrándose en prestar asistencia y reconocimiento a todas las víctimas, incluidas las víctimas del terrorismo, con carácter prioritario.

A tal efecto dice: «(11) La presente Directiva establece normas de carácter mínimo. Los Estados miembros pueden ampliar los derechos establecidos en la presente Directiva con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección».¹⁶

¹⁶ Otras consideraciones que contiene son:

(20) El estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal y si pueden participar activamente en procesos penales varían de un Estado miembro a otro en función del sistema nacional, y está determinado por uno o más de los criterios siguientes: si el sistema nacional reconoce un estatuto jurídico de parte en el proceso penal; si la víctima está sometida a la obligación legal o a la recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo como testigo; o si la víctima tiene legalmente un derecho reconocido en virtud del Derecho nacional a participar de modo activo en el proceso penal y manifiesta su deseo de hacerlo, cuando el sistema nacional no reconozca a las víctimas un estatuto jurídico de parte en el proceso penal. Los Estados miembros deben decidir

Y respecto de la participación en el proceso penal y el derecho a ser oído el artículo 10 establece:

« 1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Cuando una víctima menor haya de ser oída, se tendrán debidamente en cuenta la edad y la madurez del menor. 2. Las normas de procedimiento en virtud de las cuales las víctimas pueden ser oídas y pueden presentar pruebas durante el proceso penal se determinarán en el Derecho nacional ».

2.3.3. El espíritu de la Ley 4/2015

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, vino a concentrar en ella el reconocimiento de todos aquellos derechos, con base también en la normativa europea que le precedió, como la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito de tal proceso, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior (según expresa el propio Preámbulo de la citada Ley 4/2015). E igualmente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye aquella Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

Pues bien, en su Preámbulo la **Ley del Estatuto de la víctima del delito**, justifica su necesidad diciendo que el presente texto legislativo: *« no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la (citada) Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado.*

cuál de esos criterios se aplica para determinar el alcance de los derechos establecidos en la presente Directiva, en los casos en que se haga referencia al estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal correspondiente

(34) No se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes...

(52) Debe disponerse de medidas que protejan la seguridad y la dignidad de las víctimas y sus familiares de la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, como las medidas cautelares o las órdenes de protección o alejamiento.

(65) El objetivo de la presente Directiva es modificar y ampliar las disposiciones de la Directiva marco 2001/220/JAI.

Participación en el proceso penal: Artículo 10 Derecho a ser oído

1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Cuando una víctima menor haya de ser oída, se tendrán debidamente en cuenta la edad y la madurez del menor. 2. Las normas de procedimiento en virtud de las cuales las víctimas pueden ser oídas y pueden presentar pruebas durante el proceso penal se determinarán en el Derecho nacional.

Efectivamente, con ese foco de atención se ha podido advertir, y así lo traslada nuestra sociedad con sus demandas, una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición».

No parece que sea necesario profundizar en que esa norma esa “es tan Ley” como la de Enjuiciamiento Criminal”.

Y obsérvese que hablo aquí de víctimas y perjudicados porque es la misma Ley la que parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado y comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados (véase igualmente al respecto su Preámbulo).

Es decir, ya no son meras (aunque muy relevantes) opiniones doctrinales las que ponen de relieve ese co-protagonismo que han de jugar las víctimas (y perjudicados) con los encausados en el proceso penal, ahora es el propio legislador quien [por fin] se da cuenta de las garantías procesales sólo se han ido predicando en los últimos tiempos respecto de estos últimos (ya sean imputados, acusados, procesado o condenados).

Cierto es que el Estatuto se funda, según dice, en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, *en aras a la salvaguarda integral de la víctima*. Pero también les reconoce a éstas el *derecho a participar activamente en el proceso penal*. Es verdad que luego añade que “de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, lo que supone un reenvío a ésta que, en virtud de su reforma por la otra Ley que comentamos (la 41/2015) los limita en lo relativo al recurso de apelación, a pesar de que el Estatuto dice que se refuerza la efectividad material de aquel derecho a participar en el proceso a través de diversas medidas: por un lado, la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso.

Y aunque ahí no menciona expresamente el derecho a recurrir las sentencias, el art. 11 le otorga el de ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir, y el art. 3, al describir detalladamente sus derechos le reconoce entre otros, como decía, *el de la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato (...) no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios (...) a lo largo de todo el proceso penal*.

Es más, el citado Preámbulo de la Ley 4/2015 dice que *es fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos*.¹⁷

¹⁷ los derechos de éstas se pueden ejercitar por medio de la Acusación particular, si está personada (ex arts. 109 y ss. LECrim) o por medio del Ministerio Fiscal (por los arts. 105 y 108 de la misma Ley Adjettiva).

Y si eso lo dijo el legislador en abril de 2015, ¿Por qué no ha seguido la misma línea y, antes al contrario, en octubre del mismo año les restringe el derecho a apelar? El nuevo art. 792 ofrece una importante diferencia de trato a las acusaciones respecto de las defensas.

2.3.4. Posición de las acusaciones: alternativas posibles

· *Negarles toda posibilidad de apelación*

Tendría su base en la expresión literal del Pacto Internacional, que trata del derecho a la segunda instancia de *toda persona declarada culpable de un delito*.

Conforme a una interpretación literal las víctimas y perjudicados quedarían privadas de tal posibilidad, lo que afectaría a su derecho a la tutela judicial efectiva.

En contra de tal posición el propio Tribunal Constitucional, antes de esa reforma llegó a ser consciente de esa diferencia de posición entre defensas y acusaciones que sus resoluciones han consagrado, lo que le llevó fijar una matización a su criterio en un *decidido equilibrio* entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del artículo 24 CE¹⁸.

En ese sentido pueden verse las SSTC nº 23/2008, de 11 de febrero; 220/2007, de 8 de octubre; 189/2004, de 2 de noviembre, o 4/2004, de 16 de enero, que admiten la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, porque en esa situación de ausencia de garantías no cabe hablar de *proceso* en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiriera el carácter de inatacable.

· *Permitir que recurriesen en los mismos términos y con la misma amplitud que las defensas*

La normativa internacional arriba indicada reconoce a todo condenado el derecho a la segunda instancia. Pero *no* le niega expresamente el derecho a las demás partes a recurrir sino que lo deja en manos de cada legislador nacional.

Y ante ello nos hemos de preguntar: ¿El hecho de reconocer derechos a una parte ha de implicar necesariamente impedirselos o quitárselos a otra? No lo parece si nos atenemos a lo acontecido en otros ámbitos a lo largo de la Historia reciente: Son numerosos los casos en que diversos colectivos han luchado por sus derechos, sin que ello implicase que pidiesen que se privase de ellos a quienes ya los ostentaban.

Aquí podríamos argumentar algo parecido: el hecho de promover la generalización de la segunda instancia no sólo habría de ser en beneficio de una parte, y menos aún quitar a otra la posibilidad que ya tenía -junto a la reclamante- en otros procedimientos, que es lo que ha sucedido, pues la regulación del recurso de apelación frente a sentencias dictadas en primera

¹⁸ Cfr. Borrador de la Circular, p. 21.

instancia por las Audiencias Provinciales (o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), se ha hecho por remisión del art. 846 ter LECrim, a los arts. 790 a 792 de la misma, relativos a los recursos frente a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal; preceptos éstos a los que también se les ha dado nueva redacción de forma que, en comparación con la anterior, ha supuesto una limitación de derechos para las acusaciones: antes podían apelar en iguales condiciones que las defensas las sentencias de los Juzgados de lo Penal. Ahora no están en el mismo plano de igualdad, ni en el caso de las sentencias dictadas por las Audiencias (que es de nueva creación), ni en las de los Juzgados de lo Penal (que antes sí lo tenían).

No obstante lo anterior, es claro que si las acusaciones pueden recurrir una sentencia absolutoria en igualdad de condiciones que la defensa una condenatoria, si ésta tiene derecho a que tras su condena se pronuncie un tribunal superior al que la ha sancionado, volveríamos a la misma situación. Mas ello es otra cuestión; la relativa a qué facultades tiene el Tribunal *ad quem* sobre dictar nueva sentencia o simplemente anular la absolutoria, o la concerniente a si cabe solucionar ese punto por medio de un recurso de casación ampliado a la posibilidad de impugnación por tal motivo (ello tendría amparo en la normativa internacional que autoriza que cada Estado lo regule del modo que considere más adecuado).

Lo que desde luego no parece de recibo es que se equipare *el derecho a un juez imparcial* al principio acusatorio, la presunción de inocencia y el derecho penal de defensa que asisten exclusivamente al imputado, « que no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras» (ATC 63/1997, de 6 de marzo)

¿De verdad no tienen las partes acusadoras el derecho a un Juez imparcial?

Tampoco se entiende que se diga que esa diferencia sea para «reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa»¹⁹

· *Restringir el derecho a recurrir*

Es lo que finalmente ha hecho el legislador con la reforma procesal de la que aquí tratamos y según trato a continuación. Pero antes de ello, y visto todo lo expuesto o en este apartado, cabe preguntarse si no convendría más tener en cuenta que en el proceso penal no sólo entran en juego los derechos e intereses de aquéllos a quienes se les exige responsabilidad, sino también los de las víctimas y perjudicados, que también ostentan el de la tutela judicial efectiva.

¹⁹ Se podrá argumentar que en la fase de instrucción el Estado por medio de las facultades que atribuye la LECrim para restringir derechos para facilitar la investigación, puede estimarse que está en una posición ventajosa frente a los investigados. Pero hay que tener en cuenta que éstos y luego los acusados cuentan (afortunadamente para toda la sociedad) con el derecho constitucional a la presunción de inocencia (que hay que vencer para que se pueda dictar sentencia condenatoria), con el de presunción de inocencia y además tienen el “derecho a mentir”, como modalidad práctica del derecho a no declarar contra sí mismo, por más que se le exhorte a decir verdad, pues si no la dicen no tiene consecuencia penal alguna, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos y al contrario de lo que le puede suceder a la víctima que como testigo mienta.

Si la reforma legislativa que da pie a esa restricción no se interpreta de un modo razonable, tal limitación se convertirá en una negación prácticamente absoluta del derecho a recurrir de víctimas y perjudicados, como ha venido aconteciendo últimamente conforme a la más reciente doctrina de los Tribunales, según se ha expuesto, con lo que el espíritu del Estatuto de la víctima del delito y de la normativa internacional sobre las mismas quedaría en papel mojado. Ello aunque esta reforma no sea la primera vez que se da un tratamiento diferente a los derechos de aquellas personas a las que se les exige responsabilidad en un proceso penal respecto de los de víctimas y perjudicados²⁰.

En definitiva, si damos por cierto que la doctrina del TC va más lejos que la del TEDH en cuanto a las exigencias o limitaciones para los recursos frente a sentencias absolutorias y a ello se añaden ahora otros requisitos o matizaciones en la nueva Ley (a cuyo detalles me refiero luego) la consecuencia puede ser una acentuación de la diferencia entre los derechos de acusados-procesados, frente a los de las víctimas-perjudicados.

Visto lo anterior hemos de continuar con la referencia a lo que ha querido el legislador por medio de la Ley 41/2015, y luego con las propuestas para que su interpretación sea lo más “equilibrada posible”.

3. SENTENCIAS A LAS QUE AFECTA LA REFORMA

3.1. REGULACIÓN

Según el artículo 790.1 LECrim:

- La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente.
- La del Juez Central de lo Penal, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Mas eso no supone una novedad. La innovación resulta de la nueva regulación del recurso en algunos extremos, según trato después.

Donde sí la hay es en lo previsto en el nuevo artículo 846 ter, a cuyo tenor:

²⁰ Basta ver la regulación de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado que requiere para dictar sentencia condenatoria siete votos de nueve, mientras que la absolutoria sólo cinco.

Sirva aquí como comentario lo acontecido en cierta ocasión al concluir un juicio por homicidio ante un Jurado. Al explicar a sus miembros el Magistrado Presidente aquello de la mayoría necesaria para el veredicto, cuando se retiraron a deliberar se acercó a quien suscribe un joven que había presenciado todas las sesiones y me preguntó qué significaba aquello. Al explicarle que el legislador daba cierta ventaja al acusado porque es él quien se juega “ir a la cárcel”, me replicó: “¡ Sí, pero al que mataron fue a mi padre...!”.

- Las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio.
- Las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional

Esos tribunales de apelación se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de esos recursos de apelación.

Todos los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias arriba indicadas se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso. Esos tres últimos preceptos citados han sido modificados por la Ley 41/2015.

3.2. DIFERENCIA CON OTROS CASOS

3.2.1. Procedimiento por delitos leves

El artículo 976 LECrim, que se refiere al recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en los procedimientos por delitos leves no ha sido modificado por la reforma que venimos comentando. Por ello no les afecta la restricción que para las acusaciones prevé aquélla para los que menciono en el apartado anterior.

También se mantiene otra diferencia que deriva de no haberse modificado tampoco el artículo 977 conforme al cual *contra la sentencia dictada en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno* (al contrario de los otros casos arriba vistos, en los que ahora cabe el recurso de casación por infracción de ley en algunos supuestos, de acuerdo con el art. 847.1 b, al que me refiero más tarde).

3.2.2. Procedimiento de la Ley del Jurado

Los artículos 846 bis a) a bis f), que hacen referencia al recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, no han sido objeto de modificación por la Ley 41/2015. En consecuencia permanece la posibilidad de interponer el recurso por múltiples motivos, los enumerados en el artículo 846 bis c), y en igualdad de condiciones para todas las partes, ya sean acusaciones, o defensas, según se deduce del 846 bis b), mientras que, como seguidamente se verá, en el nuevo recurso de apelación contra las sentencias de los Juzgados de lo Penal y de las Audiencias, se establece una marcada distinción entre las posibilidades del condenado y las acusaciones, en algunos casos.

4. PLANTEAMIENTO Y TRAMITACIÓN DEL RECURSO SEGÚN EL MOTIVO ELEGIDO

Me refiero aquí esencialmente a las novedades al respecto, aunque con alguna referencia -por su interés- a lo ya vigente antes.

4.1. MOTIVOS (ENUMERACIÓN)

Los motivos por los que se puede interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal (y Centrales de lo Penal) no han variado. Y los que se pueden argumentar contra las sentencias de las Audiencias son los mismos (por remisión del nuevo art. 846 bis ter al 790 LECrim).

En consecuencia, siguen siendo los siguientes (art. 790.2):

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

Según el motivo que se elija, varía la justificación que haya de hacerse de lo que se invoca, según el 790.2. (destaco lo esencial en cursiva):

- « Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por *infracción de normas o garantías procesales* que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, *se citarán*

... *las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas*

... *y se expresarán las razones de la indefensión.*

... Asimismo, *deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia*, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación».

- « Cuando *la acusación* alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, *será preciso que se justifique:*

... *la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica,*

...*el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia*

...*o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada*».

Aquí es donde a mi entender radica la principal consecuencia de la reforma (aun amparada en la previa jurisprudencia). Es decir, en la imposición que se exige a la acusación y no a la defensa.

4.2. ADHESIÓN.

No ha variado la regulación ya existente. La menciono para ver la interpretación que se ha dado a aquella.

Conforme al Art. 790.1 p.2 LECrim: *La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5,*

ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo.

Se considera un *recurso de adhesión autónomo supeditado*; puede apartarse de lo reclamado por los impugnantes (si éstos mantienen el suyo).

Así se deduce del citado artículo 790.1 LECrim tras su modificación por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial), cuando se refiere a “ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan” y siempre “supeditado a que el apelante mantenga el suyo” (en este sentido, SSTs 1030/2013, de 28 de noviembre y 179/2016, de 3 de marzo).

4.3. PETICIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

4.3.1. Proposición de pruebas

Sigue vigente el precepto relativo a las pruebas que pueden proponerse para la segunda instancia (790.3), que recordemos que se refiere a:

- Las que el recurrente no pudo proponer en la primera instancia
- Las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta
- Y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

Pero es que ahora, en virtud de la reforma, cuando se pretenda la anulación de una sentencia absolutoria o la agravación de una condenatoria, puede resultar necesario para garantizar el principio de inmediación que ante el Tribunal *ad quem* se practiquen algunas que han de ser propuestas. Habrá que distinguir según los casos que clasifico citando seguidamente jurisprudencia al respecto.

En cuanto a la no necesidad de audiencia del acusado en segunda instancia si lo que se invoca es infracción de ley

El TS en su reciente S 18-1-2017, nº 4/2017, rec. 1619/2016 (EDJ 2017/934), con cita de otras muchas, dice que 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 su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Bastaría que estuviese presente su abogado²¹.

²¹ « Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, se impone una breve referencia al estado actual de la jurisprudencia relacionada con la viabilidad de la impugnación de sentencias absolutorias en el marco de la casación penal. En la STS 654/2014, 6 de octubre, nos hacíamos eco de la jurisprudencia constitucional que viene reiterando -cfr. SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre - que 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 su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro

En términos similares la AP Las Palmas, sec. 1ª, S 10-1-2013, nº 1/2013 (EDJ 2013/32414), con mención de la (STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6).

Audiencia del acusado si se trata de error en la valoración de la prueba

Esa misma SAP de Las Palmas que se remite a la 153/2011 del TC, la exige: «la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído... »

El problema de los hechos subjetivos cuando no hay alteración del sustrato fáctico

Es posible que el hecho subjetivo no figure en el relato fáctico de la resolución y sí en sus fundamentos jurídicos, por lo que es posible que el relato fáctico quede inalterado y se altere el subjetivo. Conforme a la doctrina del TEDH siempre sería necesaria la audiencia pública con presencia del afectado. El TC también se pronunció en este sentido: STC nº 88/2013, de 11 de abril (FJ 11º) y la STC nº 105/2016, de 6 de junio (FJ 5º)²².

Otros pruebas en los casos en que se alega error en la valoración de las mismas

· Prueba testifical

STC nº 1/2010, de 11 de enero. Expresa (FJ 2º): «El respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del

sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte ».

²² Menciona la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; 20 marzo 2012 .

examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción²³ ».

Prueba pericial

Hay que distinguir dos casos:

- No será necesaria la reproducción en segunda instancia 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.
- Sí 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.

Así: STC nº 143/2005, de 6 de junio (FJ 6º)²⁴.

Igualmente la STC nº 154/2011, de 17 de octubre (FJ 3º), que admite como prueba la pericial documentada como argumento para sostener la condena « sin que fuera exigible desde el prisma del derecho examinado, oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, al constar reflejadas en el documento escrito de los informes periciales las razones que podían hacer convincentes las conclusiones alcanzadas en dichos informes (STC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, 75/2006, de 13 de marzo, FJ 8) ».

· Prueba documental

STC nº 40/2004, de 22 de marzo n lo que concierne a la prueba documental, el TC señaló (FJ 5º):

«Este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1) ».

²³ Se remite también a las SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5). / De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4).

²⁴ « La AP de Madrid [dice] revoca la absolutoria de instancia condenando al recurrente por delito continuado contra la Hacienda Pública: “La prueba de cargo que sustenta la condena es la pericial presentada por la acusación (documentada en los informes elaborados por los inspectores de la Agencia Tributaria, en relación con la deuda tributaria y sus fundamentos contables: la existencia de incrementos patrimoniales no justificados), prueba que, dada su naturaleza y la del delito enjuiciado, sí podía ser valorada en el presente caso sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, en cuanto que en el documento escrito de los citados informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan» .

· *Prueba indiciaria*

La STC nº 36/2008, de 25 de febrero (FJ 5º) diferencia también entre dos casos distintos:

- No es necesaria la reproducción del debate público y la inmediación:

«Cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan 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 inmediación²⁵.

- Sí es necesaria cuando se 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 pruebas²⁶.

.En términos similares se expresa la STC nº 24/2009, de 26 de enero (FJ 2º y 3º)

4.3.2. Reproducción de la grabación

Y hemos visto que alguna STC como la 120/2009 rechaza para la segunda instancia la reproducción de la grabación de la vista celebrada en la primera, sobre la base de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 adversas²⁷.

Pero esta misma Sentencia, prevé también una segunda consideración, cuando la grabación se introduce en el debate y se somete a contradicción:

«...es la referida a que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia. En este sentido [añade], hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala —aunque falte en esta segunda instancia la inmediación y la contradicción, como consecuencia de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación— cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la

²⁵ Cita a tal efecto también las SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15; 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 3; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 1967/2007, de 11 de septiembre, FJ 2; SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan Ake Andersson c. Suecia; caso Fedje c. Suecia; 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania.

²⁶ Menciona ahí las SSTC 189/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 114/2006, de 5 de abril, FJ 2; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1.

²⁷ Se refiere a las SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 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.

lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador [STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 6.b)]²⁸».

· Con base en esa STC 120/2009 la AP Madrid, sec. 15ª, S 21-11-2016, nº 629/2016, (EDJ 2016/239610) no le dio validez a la grabación:

«Esta Sección, en algunas ocasiones, ha llegado a estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia absolutoria de instancia, en base exclusivamente a pruebas de carácter personal, por cuanto nos era remitida copia de la grabación del juicio, lo que permitía superar el escollo de la inmediación. Ahora bien, debemos hacer mención a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 120/2009, de 18 de mayo (EDJ 2009/72632) que ha establecido que las garantías de inmediación y contradicción no se colman mediante el visionado por el tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia, que es lo que nos ha solicitado el recurrente».

Existen cualificadas opiniones en contra de la reproducción de la grabación en segunda instancia²⁹.

· Pero la SAP Madrid, sec. 30ª, de 1-6-2016, (EDJ 2016/138093), sí le dio validez a tal visionado de la grabación:

La sentencia que se recurre construye su relato de hechos probados partiendo de la prueba practicada en el acto del juicio oral, que ha sido valorada por el Juez sentenciador desde la independencia e imparcialidad que le corresponden y nadie cuestiona y desde la posición de privilegio que para ello ostenta en virtud de la inmediación procesal. Las conclusiones así alcanzadas sólo podrían ser objeto de revisión en esta alzada en el caso de que las mismas se consideraran ilógicas, arbitrarias o irregulares, lo que no ocurre en el presente caso.

«Porque en la sentencia se exterioriza la razón por la cual el juez "a quo" otorga mayor verosimilitud a la declaración del perjudicado y a la del testigo que le acompañaba el día de los hechos que a la de los apelantes. Y tal proceder, tras el visionado del acto del juicio oral que se grabó y el examen de la documental unida a las actuaciones, es el adecuado y acertado».

²⁸ En esta misma línea, se refiere igualmente a las SSTEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de inmediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia, § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos —tales como «la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable»—, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado. Y añade la referencia a los casos en que en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306, in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

²⁹ DEL MORAL GARCÍA, A., en “La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos”, I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia: «Las reformas del proceso penal», 5 de noviembre de 2015, Madrid, 2016, págs. 207 a 238 (en concreto, p. 234). Considera que “la utilización de la grabación como sucedáneo de esa reproducción de prueba, amén de estar ya rechazada por el TC, no es buen sistema. Ni hay inmediación en rigor, ni se alcanzan sus fines”.

Esta posición, la de poder ver la grabación, parece mucho más acorde con lo previsto en la Ley, por que si no es así:

¿Para qué se graban las vistas?

¿Por qué el artículo 791.1 LECrim habla de la proposición de reproducción de la (prueba) grabada?

¿Por qué el 791.2.2 habla de la práctica de la prueba y de la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ellas?

La insistencia del legislador en ese sentido de proposición y reproducción de las grabaciones nos lleva a pensar que sí puede ser efectuada y valorada por el Tribunal de apelación.

Por otra parte, es lógico que sea así porque *materialmente* la misma inmediación puede lograrse con el visionado de la grabación de lo acontecido en la primera instancia que con una videoconferencia durante la misma o con una prueba preconstituída que se hubiese practicado antes de celebrarse el juicio oral y se reprodujese en éste. Lo relevante será que luego se someta a contradicción de nuevo ante el Tribunal de apelación.

4.3.3. Vista

Apenas se ha modificado la regulación al respecto. Se mantiene en el artículo 791 LECrim la posibilidad de su petición de parte, o su señalamiento de oficio y también, una vez más, la posibilidad de reproducir en ella las grabaciones (del juicio cuya resolución se impugna).

La principal novedad es que la víctima, cuando lo hay solicitado, ha de ser informada de su celebración.

4.4. REVOCACIÓN O ANULACIÓN DE LA SENTENCIA APELADA SEGÚN LOS CASOS

4.4.1. Casos de error en la apreciación de la prueba

· *Si se recurre una sentencia absolutoria (o se pretende que se agrave una condenatoria)*

Sólo cabe su anulación y la devolución de las actuaciones al órgano que había dictado aquella³⁰.

La SAP Madrid, sec. 15ª, de 21-11-2016, nº 629/2016 (EDJ 2016/239610), recoge las *dos posiciones posibles* ante a las que puede encontrarse el Tribunal *ad quem* si se le solicita la revocación de una sentencia absolutoria (destaco lo esencial):

³⁰ Y el artículo 792.2 LECrim añade que *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* (de lo que trato luego).

« Ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sólo caben dos interpretaciones:

La primera, entender que resulta factible revocar una sentencia absolutoria practicando de nuevo en segunda instancia, las pruebas personales que dependan de los principios de inmediación o de contradicción. Ello entraña, no obstante, graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se ponderan el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los perjuicios y preconditionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado. Sin olvidar tampoco, y ello es todavía más relevante, que la repetición de pruebas no sería legalmente posible, a tenor de las restricciones que impone el artículo 790.3 de la ley procesal penal (EDL 1882/1). El acusado no tendría, obviamente, obligación de someterse a un segundo procedimiento ante la Sala sin un precepto que así lo impulsiera o permitiera expresamente.

La segunda, entender que no cabe de facto revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en gran medida de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, limitándose así el derecho a los recursos de las partes perjudicadas y del Ministerio Fiscal.

Esta segunda es la única interpretación correcta que cabe hacer de la nueva jurisprudencia constitucional sobre los límites de la revisión probatoria de las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia. De forma que sólo podrá dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia cuando el razonamiento probatorio del juzgador a quo vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar absurdo, irracional o arbitrario (STC 82- 2001 y SSTS de 2-9-2003, 5-9-2003, 24-10-2003 y 9-2-2004) ».

Incluso si se argumenta *apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia*, la pretensión procesal habrá de ser la de declaración de nulidad total o parcial de la sentencia recurrida³¹.

· *Si se recurre por la defensa una sentencia condenatoria*

Entiendo que el Tribunal *ad quem* puede absolver directamente. También podrá rebajar la pena.

Puede dar lugar a confusión al respecto que el párrafo 2 del artículo 792.2 diga que *la sentencia absolutoria o condenatoria podrá ser anulada*. No obstante, puesto en relación ese párrafo con el precedente (792.2-1) parece que por *condenatoria* ahí se refiere sólo a la sentencia recurrida por la acusación con intención de que se agrave.

El Borrador de la Circular FGE (p. 19) también considera que «El Tribunal de apelación podrá absolver o reducir la responsabilidad (y podrá anular la sentencia y remitirla al órgano de enjuiciamiento de instancia, para que en su caso, éste valore la posibilidad de condena o agravación) ».

En resumen: la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios” (SSTS 178/2011, de 23 de febrero, y 631/2014, de 29 de septiembre).

³¹ Cfr. Borrador Circular FGE (cit.), p. 25. Dicho borrador en su conclusión 7ª dice también: «La nueva redacción del precepto no distingue entre pruebas personales y otras que no revisten este carácter. Tampoco diferencia entre los aspectos de hecho objetivos y subjetivos. Debe partirse, pues, de que el Tribunal *ad quem* no puede en ningún caso modificar los hechos probados en sentido agravatorio.

4.4.2. Por quebrantamiento de forma o garantías

4.4.2.1. Subsanación o no en la propia segunda instancia

Cabe la subsanación en segunda instancia de tal indefensión cuando ello sea posible y si no, la anulación de la sentencia.

Si se anula será, en principio, para reponer las actuaciones al momento en que se produjo el quebrantamiento de forma (de manera análoga a lo previsto para el recurso de casación *ex* artículo 901 bis a) LECrim).

En cuanto a la falta de motivación de la pena impuesta

Según la STS 497/2016, de 9 de junio (FJ 6º), caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanar el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión ³².

4.4.2.2. La omisión de hechos probados

Cuando estamos ante el recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, el artículo 846 bis c), letra a), párrafo 2 LECrim permite que se base en lo previsto en los artículos 850 y 851 de dicha norma, es decir, a los motivos de recurso de casación por quebrantamiento de forma y por lo tanto se puede impugnar (conforme al 851.1º y 2º) «si la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que considera probados, o resulta manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen predeterminación del fallo». También, «cuando en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resulten probados».

³² Prosigue: «La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ . en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP . y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciad. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena».

El hecho de que esa misma referencia a tales preceptos del recurso de casación, no se contenga en el artículo 790 como motivos de apelación contra sentencias de los Juzgados de lo Penal (y Centrales de lo Penal) y de las Audiencias, puede originar el problema de qué hacer ante la omisión de hechos en la relación que se contenga en aquellas.

En ese sentido, GIMENO SENDRA³³ plantea que esa omisión «posibilitaría el surgimiento, en nuestra práctica forense, de las sentencias (calificadas por la doctrina italiana) “manipulativas”, es decir, de aquellas sentencias que, para obtener un fallo determinado (rayano en la prevaricación), omiten la declaración de ciertos hechos probados y tan sólo consignan los que lo predeterminan o afirman apodóticamente que no se han probado los hechos de la acusación sin hacer expresa relación de los que debieran haberse declarado probados».

Según dicho autor «Tales sentencias, aparentemente motivadas, incurrirían en un craso “error patente” conculcador, por tanto, del derecho a la tutela».

Y añade luego: «De ahí que esas sentencias manipulativas y también las de motivación por remisión a las alegaciones de las partes (...) merecen, por tanto ser desterradas, deben poder ser impugnadas con base en lo dispuesto en el primer inciso del art. 790.2: “quebrantamiento de las normas y garantías procesales” »³⁴.

4.4.3. Casos de infracción de ley

El Tribunal “ad quem” puede revocar la sentencia y dictar otra con pronunciamientos diferentes, sin necesidad de devolver las actuaciones al que dictó la impugnada

En ese sentido el TS en su ya citada S 18-1-2017, nº 4/2017, rec. 1619/2016 (EDJ 2017/934) vino a decir: «... ningún obstáculo existiría, de prosperar la impugnación del Ministerio Fiscal, para sustituir el pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado en la instancia... »

4.5. ¿NUEVA VALORACIÓN, NUEVO JUICIO, NUEVA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL A QUO?

Como hemos visto, en los casos de error en la apreciación de la prueba si se anula una sentencia absolutoria o se estima procedente la agravación de una condenatoria y se ordena la devolución al órgano a quo, caben tres posibilidades a tenor del artículo 792.2 p.2 LECrim:

- La mera anulación de la sentencia

³³ GIMENO SENDRA, V., en “La doble instancia y la reforma procesal de 2015”, ponencia que presenta con generosa antelación en este mismo Curso del CEJ.

³⁴ Menciona su voto particular en ese sentido como Magistrado del TC en la Sentencia de dicho Tribunal 116/1998 y luego las STC 34/2007, de 12 de febrero, entre otras que establecen ese criterio.

- La nulidad de todo el juicio oral
- Y, en este último caso, además, que se forme un órgano de primera instancia de nueva composición para el nuevo enjuiciamiento, si el principio de imparcialidad lo exige.

Anulación de la sentencia

No conlleva necesariamente la repetición del juicio oral. Puede bastar con devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado ya sea respecto de la acreditación del hecho o de la participación en el mismo de la persona a la que se imputa que lo ha cometido.

Así, si es por error en la apreciación o la valoración de la prueba, habrá de ser devueltas al Tribunal *a quo*. Ello puede generar las siguientes cuestiones:

¿El Juez *a quo* ha de ajustarse en los nuevos razonamientos a las pautas marcadas por el *ad quem*?

Ejemplo: LA SAP Cáceres, Sec. 2ª de 30-12-2015, nº 572/2015 (EDJ 2015/264352): la AP acuerda la nulidad de la sentencia absolutoria de instancia a fin de que por la misma juzgadora se dicte una nueva sentencia en la que no incurra en los errores en la valoración de la prueba puestos de manifiesto en los fundamentos jurídicos de la de apelación. En esos fundamentos se indica lo correspondiente a lo que reflejan unos documentos.

¿Habrá de seguir de pleno esos razonamientos el Juez *a quo*?

¿Le llevará eso a cambiar el sentido del fallo? Entiendo que no necesariamente y que es fácil que trate de adaptarlo a lo en su día resuelto relacionándolo con otras pruebas. Y si ello no es suficiente y vuelve a recurrirse y anularse y así sucesivamente...

¿No iría en contra del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas?

¿No sería más útil que el Tribunal *ad quem*, como se hacía antes, pudiera revocar la sentencia y dictar el fallo correspondiente, previa audiencia, si se estima preciso, del acusado en esa segunda instancia?

Complejidad de la técnica motivacional de la prueba indiciaria

Exige unos requisitos formales y materiales, como afirma el TS (STS 144/2012, de 22 de marzo)³⁵.

³⁵ «Desde el punto de vista formal: a) que en la sentencia deben expresarse cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. Desde el punto de vista material: Por un lado, en cuanto a los indicios: a) que estén plenamente acreditados por prueba directa; b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. Y, por otro, en cuanto al juicio de inferencia, que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que exista un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio

En estos casos puede ser necesaria la retroacción para conocer el peso que el juez *a quo* otorgó a esa concreta prueba y si mantiene su pronunciamiento, o para que la motivación sea completada, en los casos de existencia de prueba, pero defecto de valoración.

Lo anterior no implica necesariamente, la repetición del juicio, es decir, bastaría con devolver las actuaciones al órgano a quo para que le dé una nueva redacción que incluya, en su caso, un examen matizado de la prueba de sustento de las condenas.

Extensión de la nulidad al juicio oral

Debe de partirse de que esa repetición *puede acarrear repercusiones negativas*, tanto en la agilidad del proceso por los retrasos que todas las partes han de padecer; y también en la posición procesal del acusado que ve borrado todo el camino ya recorrido, también en los puntos que podían serle beneficiosos y que se dieron por probados de una forma no atacable pues obedecía a criterios racionales. El Tribunal Supremo viene a señalar que esos *efectos colaterales* son de esencia de toda declaración de nulidad del juicio por vía de recurso» (STS S 28-11-2012, nº 1066/2012).

Pero por otra parte puede tener *ventajas*, como ocurre en los casos en los que el tribunal de apelación declara viciada alguna prueba o admite la práctica de algunas en los términos que el 790.3 LEcrim admite. Entonces, para poder confrontar las distintas pruebas en su globalidad, parece más conveniente un nuevo examen que sólo puede realizar el órgano *a quo*. Al retrotraerse las actuaciones a un momento anterior (nulidad) la capacidad de defensa queda intacta y allí, en este «nuevo camino procesal a recorrer regirán plenamente los principios de defensa, contradicción, publicidad... » (v. la misma STS 1066/2012, de 28 de noviembre).

En el caso de pluralidad de intervinientes, puede tratarse de una nulidad parcial. Por ejemplo la referida a la participación de uno de los acusados.

Sin embargo, cuando lo que se pide es la nulidad del juicio oral, afecta a la totalidad, puesto que se trata de retrotraer las actuaciones, es decir la causa, a ese momento (en sentido similar, STS 767/2011, de 12 de julio).

Cabe también solicitar la nulidad en los casos de adhesión al recurso de apelación, en tanto que, como ya hemos visto, se configura como un recurso de adhesión autónomo supeditado que permite apartarse de lo reclamado por los impugnantes, y siempre que el apelante mantenga el suyo.

Extensión de la nulidad a la composición del órgano de primera instancia

humano", y ello tanto desde el canon de la lógica de la cohesión (la valoración enlazada de los datos conduce naturalmente al hecho que se quiere acreditar, siendo conclusión irrazonable cuando los indicios constatados excluyen el hecho que de ellos se quiere derivar o no conduzcan naturalmente a él) como desde el canon de la suficiencia o calidad excluyente (no es una hipótesis o una conclusión abierta o débil en la que quepan otras). En definitiva, se trata de alcanzar una conclusión que llegue al nivel de "certeza más allá de toda duda razonable", que es el nivel de certeza exigible en toda conclusión inculpativas».

El nuevo párrafo segundo del art. 792.2 LECrim señala que *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.*

El borrador de Código Procesal Penal presentado por el Ministerio de Justicia en febrero de 2013 expresaba (art. 585): “Cuando la sentencia de apelación o casación declare la nulidad del juicio oral ordenará que el nuevo juicio se celebre ante un Tribunal con diferente composición al que hubiera dictado la sentencia recurrida, salvo que motivadamente estime que no queda comprometida la imparcialidad”.

Se observa una importante diferencia entre ambos textos, en el sentido de que para el borrador la regla general era la modificación de la composición del órgano *a quo*, salvo excepción motivada. En el texto actual, debe entenderse conforme al art. 240.2 LOPJ, que debe ser solicitada por el recurrente.

Según el Tribunal Supremo, será precisa una nueva composición del órgano de primera instancia cuando “el Tribunal está tan contaminado por el caso y tan predeterminado por las circunstancias que lo rodean, que (...) no cumple con las condiciones de imparcialidad ni cuenta con el distanciamiento de los hechos probatorios necesario para dictar una (...) sentencia con arreglo a los cánones de razonabilidad que impone el art. 24.1 CE” (STS nº 170/2015, de 20 de marzo).

Y según la STS 1066/2012, de 28 de noviembre: «... Si hay razones para concluir que se han invertido los términos y que el proceso de decisión se ha desviado del curso querido por el ordenamiento -la valoración de la prueba de forma racional y argumentable conduce a unas conclusiones y a la correlativa decisión; frente a un proceso en que la decisión voluntarista es lo que ocupa el primer escalón del iter-, hay que repetir el proceso».

Dicho lo anterior y a los efectos de buscar *cierto equilibrio* entre los casos en los que recurren las defensas y aquellos en los que lo hacen las acusaciones, conviene recordar la jurisprudencia existente en orden a *la imparcialidad objetiva* que se requiere de todo Juez o Tribunal (además de la subjetiva) y que progresivamente ha ido aumentando los casos en los que los miembros de un órgano colegiado no pueden formar parte del en cargado del enjuiciamiento. No solo cuando de algún modo habían intervenido anteriormente como instructores sino también, v. gr., cuando como integrantes de la sección de la Audiencia encargada del enjuiciamiento habían confirmado un auto de procesamiento, revocado un auto de sobreseimiento, confirmado un auto de prisión, etc.

Sirva a tal efecto el detallado análisis que hace la reciente STS de 23-3-2017 (ROJ STS 1070/2017), con cita de otras muchas, entre ellas:

STS 149/2013, de 9 de septiembre: El concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso, es aquel por el que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura con él (STC 313/2015, de 12 de diciembre, FJ 2). Esto es, que influya en el juicio o la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar los actos de

investigación como instructor (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ4)». ³⁶

Si esto es así ¿cuánto más será si el órgano que ya ha dictado sentencia debe volver a dictar otra sobre el mismo asunto en virtud de la resolución del Tribunal de apelación que le devuelva las actuaciones para que lo haga?

La respuesta nos lleva a que, compaginando lo dicho en el art. 792.2-2 LECrim, el 240.2 LOPJ y lo que venía recogido, sin embargo, en el borrador de Código Procesal Penal, lo más *racional* podrá ser acordar la nulidad y que sea otro órgano jurisdiccional quien conozca de nuevo del juicio desde el comienzo.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la también muy reciente STS de 15-2-2017, nº 85/2017 (ROJ STS 476/2017), que revocó la sentencia de la Audiencia Provincial que había absuelto por haber anulado el auto del Juzgado de Instrucción que autorizó las intervenciones telefónicas sobre las que se inició el procedimiento y ordenó «la devolución de la causa a la Audiencia de procedencia y *previo nombramiento de otro Tribunal integrado por Magistrados distintos* de los que compusieron el Tribunal que dictó la sentencia recurrida, *se celebre un nuevo juicio* dictándose la resolución que corresponda» (la cursiva es suya).

5. HACIA UNA INTERPRETACIÓN “EQUILIBRADA” DE LOS MOTIVOS DE APELACIÓN

5.1. POR INFRACCIÓN DE LEY

Poco hay que decir en este punto en tanto que nos puede servir toda la doctrina y jurisprudencia en orden al recurso de casación por el mismo motivo y porque aquí no se establecen diferencias entre el que pueden formular defensas y acusaciones.

³⁶ Posteriormente la propia STS de 23-3-2017 a que me refiero, desgrana con cita de otras los diferentes supuestos. Así, según la STS 1084/2003, de 18 de julio, «no puede observarse perjuicio alguno cuando el Tribunal se limita a comprobar la racionalidad de la argumentación y la corrección legal de la decisión de la que conoce en vía de recurso. Pero la imparcialidad puede verse comprometida cuando el Tribunal competente para la resolución del recurso adopta decisiones que suponen una valoración de la culpabilidad que no ha sido previamente adoptada por el juez instructor»

Y continúa (resumen): « Hemos de distinguir (...):

1º) Si el control no es más que de legalidad, desde la perspectiva superior que ostenta el Tribunal colegiado, o validando las razones expuestas en la resolución recurrida, sobre aspectos materiales o procesales, generalmente no habrá comprometido su imparcialidad...

2º) Cuando se trata de cuestiones relacionadas con la investigación, habrá que distinguir entre aspectos que supongan presupuestos procesales, proposición de pruebas, personaciones de partes o temas exclusivamente formales, y aquellas otras decisiones de fondo, que impliquen la dirección de las actuaciones hacia un imputado, o varios, valorando los indicios racionales de criminalidad que han de conformar su posición pasiva en el proceso.

En el primer caso no se habrá visto comprometida la imparcialidad...

3º) Por el contrario, en el segundo caso, cuando lo ordenado al instructor, en contra de su criterio, sea la continuación de las diligencias al entender que existen indicios criminales para juzgar al imputado o investigado (...) impedirá que a la hora de su enjuiciamiento, pueda entrar a realizarlo sin un perjuicio previo, o por lo menos, que no se satisfagan las exigencias de apariencia que se requieren en el ejercicio de la actividad jurisdiccional».

Sí cabe resaltar que al poderse interponer también contra las sentencias dictadas por las Audiencias, se extiende la posibilidad de impugnación a los casos en los que éstas son las que dan pie a ello.

No debe confundirse este recurso con el de casación que por el mismo motivo se puede interponer contra las sentencias de las Audiencias Provinciales y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictadas al resolver un recurso de apelación (salvo que se limiten a declarar la nulidad de las recaídas en primera instancia), ello al amparo del art. 847 en relación con el 849.1 b) LECrim³⁷.

5.2. LOS CRITERIOS DE LA FALTA DE RACIONALIDAD, APARTAMIENTO MANIFIESTO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y OMISIÓN DE TODO RAZONAMIENTO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Como hemos visto, el recurso frente a sentencias absolutorias últimamente se le ha venido dando carácter excepcional, permitiéndose en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, por falta de garantías (SSTC nº 23/2008, de 11 de febrero; 220/2007, de 8 de octubre; 189/2004, de 2 de noviembre, o 4/2004, de 16 de enero).

Tal vez por ello el legislador, de entre diferentes alternativas, ha acogido en la última reforma de la LECrim como única posibilidad en los casos en que se invoca el error en la apreciación de la prueba los criterios de 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 practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

³⁷ Ese nuevo recurso permitirá impugnar sentencias como la dictada el 9 de marzo de 2016 por la Sec. 7ª de la AP de Alicante (con sede en Elche), Rº 172/2015 al resolver un recurso de apelación formulado por la Defensa, que revocó la dictada por el Juzgado de lo Penal de Orihuela que había sido condenatoria, siendo los argumentos de la de apelación, entre otros el relativo a la *pseudoprescripción* y el de infracción del derecho a la no autoincriminación, cuando previamente la misma Sala ya se había pronunciado al respecto diciendo que ni resultaba afectado este derecho ni habían prescrito los delitos que se imputaban.

Dijo la Sala:

F.J. CUARTO.- «La retroacción de actuaciones consecuencia en principio prevista para cada una de las causas de nulidad que se han expuesto hasta ahora, supone un perjuicio total para los acusados que ha visto vulnerados derechos fundamentales -tanto al de un proceso con todas las garantías, como, el de tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE-, en cuanto desde el inicio de la actividad judicial hasta la fecha de esta resolución han transcurrido 8 años -con más la actuación de Administración Tributaria- para añadir ahora al menos otros tantos años, a la espera desde la apertura de juicio oral por el Instructor, o celebración de nuevo juicio, sentencia de instancia y apelación hasta lograr una resolución definitiva.

Es más de las cuestiones examinadas que dan lugar a la nulidad, la vulneración del principio de autoincriminación es de tal calado jurídico, por atentar contra el art. 24.1 CE, pasando sobre lo establecido tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como sobre el acervo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la consecuencia necesaria de su apreciación más allá de la retroacción de las actuaciones, debe ser la absolución de los recurrentes afectados por tales vulneraciones, sin que sea dable, por quebrantar el derecho a la tutela judicial efectiva, volver a las actuaciones a su mismo inicio jurisdiccional, para alcanzar una sentencia definitiva sobre el fondo transcurridos un número de años que convertirían la dilación en una causa de *pseudoprescripción*. »

Además, la jurisprudencia ha sido hasta ahora bastante restrictiva, pues con carácter genérico ha venido a plasmar los siguientes criterios:

- No se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios. Eso significaría vulnerar el principio básico de presunción de inocencia, jugando en favor de la misma tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable (STS nº 397/2015, de 29 de mayo y SSTS nº 350/2015, de 21 de abril).
- Los Tribunales de apelación “en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas (...) y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria” (Así, STS nº 945/2013, de 16 de diciembre y las que en ellas se cita).
- La supuesta falta de racionalidad en la valoración, que infringe la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras STS nº 350/2015 de 21 de abril).
- No puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (STS.274/2015, de 28 de mayo de 2015, FJ Sexto que se remite entre otras a las del mismo Tribunal 892/2007, 411/2007, o las mas recientes 631/2014 de 29 de septiembre ; 189/2015 de 7 de abril ; 209/2015 de 16 de abril o 246/2015 de 28 de abril).

Ahora bien, si quisiéramos mantener en alguna medida un mínimo equilibrio entre los derechos de los acusados (o procesados), con los de las víctimas o perjudicados del delito, atendidos -es de insistir- los principios del Estatuto de la Víctima y de numerosas normas internacionales, habrá que interpretar tales criterios de manera que no hagan prácticamente imposible el recurso para estos últimos. No se trata de hacer una interpretación extensiva contra el reo, sino que no sea tan restrictiva que haga inoperante el derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones.

Véase lo dicho al respecto por la jurisprudencia, según he expuesto ya en otros apartados anteriores.

Así, por ejemplo, en cuanto a las exigencias para la aplicación del *in dubio pro reo*, dice el TS que cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá

comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad (STS 1547/2005, de 7 de diciembre).

Otra cuestión será la de determinar si por “apartamiento de las máximas de la experiencia” se está refiriendo a las pruebas periciales o si también cabría en otros casos

No parece que haya inconveniente en admitirlo, v. gr., en el caso de acoger como válido lo dicho por un acusado o testigo en su última declaración de algo que resultando relevante y pudiendo haberlo dicho repetidas veces en las anteriores tomas de declaración al mismo desde el principio de las investigaciones, no lo ha hecho, expresándolo cuando ya no cabe contrastarlo con otras pruebas.

En lo que concierne a la *omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas que pueda tener relevancia*, parece en principio más sencillo de interpretar, aunque también habrán de tenerse en cuenta los casos en los que el razonamiento es tan escueto o inconsistente que prácticamente pueda equivaler a su inexistencia ³⁸.

Para estimar que hay *falta de motivación del fallo*, debe apreciarse incongruencia entre los hechos probados y las consecuencias jurídicas (SAP Madrid, sec. 15ª, S 30-11-2015, nº 794/2015, EDJ 2015/248198).

Por otra parte, en ocasiones se identifican por los Tribunales esos conceptos de falta de irracionalidad o apartamiento de los máximas de la experiencia con los de *arbitrariedad* y *falta de lógica*.

Para poder interpretar luego cuándo nos hallamos ante esos casos, parece conveniente hacer referencia a qué entiende la *Real Academia de la Lengua Española* al respecto. Así:

- Falta de racionalidad equivale a falta de argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo, o de orden o método.
- Falta de lógica es la ausencia de modos y formas de las proposiciones en relación con su verdad o falsedad; falta de modo de pensar y de actuar sensato, de sentido común.
- Arbitrariedad se define como proceder sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Seguidamente hago mención de diversas sentencias que hicieron referencia a esos criterios.

5.2.1. Sentencias que confirman una absolutoria

³⁸ Un ejemplo teórico: Supongamos un juicio por lesiones seguido contra dos acusados, habiendo declarado la víctima y otros cuatro testigos que los reconocieron como los agresores, y en el que se condena a uno de ellos, pero se absuelve al segundo porque otro testigo, amigo de éste, propuesto por su Defensa al comenzar la vista (sin haber declarado en instrucción) dice que ese acusado el día de los hechos estaba con él en otra ciudad. Si la sentencia condena al primero y absuelve a éste, con la normativa actual, el condenado podría recurrir, mientras que la víctima, que sabe perfectamente que el otro también le agredió, no podrá hacerlo (si la el Juez *a quo* razona mínimamente que le convence más la declaración del amigo del acusado que la de la víctima y los demás testigos que presenciaron los hechos). ¿Es eso *razonable*?

Como sentencias absolutorias en primera instancia que fueron confirmadas por no estimarse que hubiese habido falta de racionalidad, arbitrariedad, o apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia, encontramos, entre otras, las siguientes:

STC 135/2003, de 30 de junio EDJ 2003/30554 *Prueba indiciaria*:

El control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no lleva naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

AP Sevilla, sec. 1ª, S 13-10-2016, nº 430/2016, (EDJ 2016/242105), sobre lesiones.

La apelante viene a cuestionar los criterios valorativos expuestos en la Sentencia recurrida, e interesa que este Tribunal los censure y realice una nueva valoración de las manifestaciones del perjudicado-denunciante, del parte médico de asistencia, e informe de sanidad y contrastándolas con las suyas, reconsidere la credibilidad que le puede ser otorgada a aquellas, pero esto no es procesalmente posible en tanto carecemos de la imprescindible inmediación y no consideramos, por otra parte, irrazonable la operación mental de crítica de la prueba que se refleja en la narración fáctica de la Sentencia.

AP Alicante, sec. 10ª, 28-3-17, nº 106/17 *Valoración de la prueba en conjunto*

Después de analizar la jurisprudencia del TC y TEDH, concluye para confirmar la absolución que, tras examinar la regularidad del razonamiento, aunque se estima erróneamente valorada una de las pruebas testificales por el juzgador de instancia, sin embargo no se estima incorrecta la valoración de la prueba personal practicada en su conjunto.

5.2.2. Sentencias que revocan una absolutoria

Incluyo aquí casos de los que puede deducirse esa falta de racionalidad o apartamiento de las máximas de experiencia.

Sobre el dolo y el elemento subjetivo del delito

El TS en su reciente S 18-1-2017, nº 4/2017, rec. 1619/2016 (EDJ 2017/934), condena finalmente por un delito de enaltecimiento del terrorismo al entender que de frases proferidas se puede deducir la plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista (FJ 3).

La defensa del acusado postulaba que no estaba acreditado que éste, con sus mensajes en Twitter buscara defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a las víctimas.

Los fundamentos al respecto de la sentencia son los siguientes (destaco en cursiva lo principal):

« (...) ningún obstáculo existiría, de prosperar la impugnación del Ministerio Fiscal, para sustituir el pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado en la instancia. De lo que se trata, por tanto, es de decidir acerca de si el juicio de atipicidad suscrito por los Jueces de instancia es o no coherente con la descripción del art. 578 del CP.

(...) Que la intención que anima al autor de un hecho forma parte de éste, ha sido ya reiterado en numerosos precedentes de esta misma Sala. De ahí que *la correcta ubicación del dolo, cuya naturaleza subjetiva no es incompatible con su dimensión fáctica, es la que ofrece el relato de hechos probados*. En consecuencia, la afirmación en la instancia de que no han quedado acreditados los elementos fácticos que definen el tipo subjetivo, cerraría la puerta a toda posibilidad de revisión casacional de una sentencia absolutoria. Cuestión distinta es que el bloqueo de un pronunciamiento absolutorio pretenda obtenerse de la falta de acreditación de *un elemento subjetivo -el móvil del acusado- que no coincide con el dolo* y que, precisamente por ello, no enriquece el tipo subjetivo.

El art. 578 del CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el Fiscal formula acusación. La afirmación de que Luis Miguel no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas - siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577-; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo.

En consecuencia, el último de los párrafos que se contiene en el juicio histórico, relativo a la ausencia de una intención ofensiva o enaltecedora, carece de toda virtualidad para limitar nuestra capacidad revisora en casación. Ninguna limitación fáctica se deriva de aquello que el tipo previsto en el art. 578 del CP no exige para su consumación ».

Otros casos

AP Cáceres, sec. 2ª, S 30-12-2015, nº 572/2015 (EDJ 2015/264352) Falsedad en documento mercantil

Se trata de la certificación relativa a unos acuerdos de una Junta de socios de una mercantil que no se ajusta al contenido del acta de la misma. La Audiencia anula la sentencia del Juzgado de lo Penal y se la devuelve para que complete el razonamiento.

« La sentencia de instancia a pesar de señalar que "es obvio, y no hay más que leer el contenido de ambos documentos, para colegir que no son coincidentes"; sin embargo, acto seguido se pregunta si esa diferencia es constitutiva del dolo falsario que se le imputa al querellado, concluyendo que no, porque el contenido de la certificación se corresponde, "en el fondo", con acuerdos realmente adoptados por querellante y querellado, por lo que entiende que el referido documento no adolece de una falsedad penalmente relevante.

Nada se argumenta sin embargo en la sentencia acerca de lo que esencialmente revelan estos borradores, esto es, que las condiciones de la ampliación de capital estaban aún sin concretar en el mes de mayo de 2.010 ... yerra, pues lo cierto es que mal puede concretarse un borrador de mayo de 2.010 en un acuerdo que fue anterior en más de cuatro meses a ese borrador ».

AP Ourense, sec. 2ª, S 23-1-2007, nº 12/2007 (EDJ 2007/21515), Atentado

(...) no puede sostenerse la inexistencia de acometimiento cuando, como ocurre en el presente caso, el acusado no solamente llegó a forcejear con el agente de la autoridad, sino que le propinó un mordisco en un dedo, acción de agresión directa que ha quedado plenamente probada, tanto como el cabezazo propinado al otro agente.

AP Jaén, sec. 1ª, S 7-5-2008, nº 122/2008 (EDJ 2008/235772) Lesiones causadas por animal dañino

Se estima el recurso del denunciante y el Ministerio Fiscal contra sentencia absolutoria, y la Audiencia Provincial condena por una falta de daños causados por animal suelto, ya que quedó acreditado que el perro en cuestión era dañino, en cuanto era capaz de causar daño en la integridad física de terceros, puesto que así quedó demostrado al morder al denunciante, a quien le causó dos heridas y no llevaba bozal; y en todo caso, y aunque lo hubiera llevado atado, el acusado permitió que se aproximara hasta la víctima y le alcanzara o morderla.

AP Las Palmas, sec. 1ª, S 10-1-2013, nº 1/2013 (EDJ 2013/32414) Denuncia falsa

Estima la AP el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y condena al acusado. « FJ 9º (...) es perfectamente posible en el recurso de apelación la mutación del pronunciamiento absolutorio en condenatorio si éste deviene única y exclusivamente de una distinta valoración jurídica de los hechos declarados como probados sin que sea necesario oír al acusado en un juicio público pues en tal caso, dicha modificación supondrá respetar éstos sin que sea preciso por ello ni la inmediación ni la oralidad, satisfaciéndose la contradicción con los respectivos escritos de alegaciones ».

Se remite a la doctrina de múltiples Sentencias del TC y del TEDH, como STC num. 45/2011 de 11 de abril y número 126/2012, de 18 de junio y 153/2011, de 17 de octubre. Y STEDH de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36; entre otras.

5.2.3. Sentencias que confirman una condenatoria

En este subapartado hago mención de casos en los que se desestimó el recurso del condenado en primera instancia por no haber sido irracional el razonamiento de la sentencia impugnada, no haberse apartado de las máximas de la experiencia, o no faltar razonamientos sobre las pruebas practicadas.

De ellas podría deducirse *sensu contrario* que si la sentencia objeto de recurso hubiese sido absolutoria (dándose los mismos presupuestos que en la condenatoria), podría haberse recurrido en virtud de los criterios que comentamos.³⁹

³⁹ En contra podría invocarse la STC 126/2012 de 18 de junio cuando dice: «... que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no es veraz sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad».

No obstante, considera al respecto RICHARD GONZÁLEZ (en « Análisis crítico... », cit.) que cuesta entender semejante galimatías que, en realidad, no es más que un contraste de ideas falto de contenido sustancial. Y la relaciona con lo que considera extravagante doctrina sobre la apelación de las sentencias absolutorias penales por la cual el Tribunal de apelación no puede revisar la valoración de la prueba personal inmediateada por el Tribunal de primera instancias según se mantiene en la STC 120/2012. Explica luego tal afirmación de la singular forma siguiente, que sintetizo: «La referencia que hace el Tribunal Constitucional [en esa última sentencia citada] a un

STC 2ª, de 26-2-2007, nº 43/2007, rec. 1335/2005 (EDJ 2007/13253) Conducción ética

La Sala afirma, entre otras consideraciones, que la inferencia que alcanzó el órgano judicial sobre la afectación de sus facultades psicofísicas para la conducción no resulta irrazonable pues se apoya en datos concluyentes de los que se puede concluir tal afectación, como son el olor a alcohol del recurrente, las pupilas dilatadas y el andar vacilante junto con la negativa a practicar la prueba de alcoholemia.

STS. 15.11.2000 (EDJ 2000/52673), que citando otras, tras recordar que Según el Tribunal Constitucional los Derechos Fundamentales no son absolutos, se refiere a la *valoración del silencio del acusado*:

« Criterio reiterado en SS. 14.11.2005 y 830/2006 de 21.7, "la negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes". Y en STS. 126/2005 de 31.10, "el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio ».

STS, Sala 2ª, de 14-10-2014, nº 654/2014, rec. 386/2014 (EDJ 2014/182556).

Confirma una sentencia condenatoria pues su conclusión no es irracional. Se refiere al control casacional, pero ahora también sería en apelación. Se trata de una estafa en la venta de turismos en el que tras las pruebas se deduce que los acusados en ningún momento tuvieron intención alguna ni de entregar los vehículos ni de devolver el dinero entregado pues su única finalidad fue la de engañarlos bajo la apariencia de una fingida relación comercial. Sus principales argumentos son:

« En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal

imposible *veredicto de inocencia* parece estar basada en un conocimiento parcial e insuficiente de las instituciones procesales y, probablemente, en la aplicación incorrecta de otros sistemas y procedimientos penales en los que sí existe el principio de respeto a los hechos probados declarados en la sentencia de primera instancia con la consecuencia de que, con carácter general, no pueden impugnarse por ese motivo las sentencias absolutorias que, de ese modo, adquieren firmeza. Así, se puede ver (prosigue y resumo) en la conocida película *Witness for the Prosecution* (Testigo de cargo) dirigida en el año 1957 por Willy Wilder (basada en una novela de Agatha Christie (...)) en la que también se contiene la alusión al *veredicto de inocencia* que aparece en el momento cumbre de la misma, siendo que -viene a concluir- no es sino una incorrecta traducción del original *not guilty* (no culpable). Visto así -termina- igual la culpa del galimatías descrito al inicio con referencia incluida al *veredicto de inocencia (sic)*, la tiene el doblador al español de la obra maestra de Agatha Christie y Billy Wilder cuyo error ha provisto a varias generaciones de ideas deformadas sobre qué es lo que se decide y cómo funciona el proceso penal ».

sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras- » .

Veamos ahora algunas de Audiencias Provinciales:

AP Cádiz, sec. 8ª, S 19-9-2012, nº 315/2012 (EDJ 2012/292730) Lesiones

FJ 3º «Al contrario de la presunción de inocencia, la valoración probatoria no es más que el reflejo o exteriorización del proceso reflexivo seguido por el Juzgador a la hora de apreciar la prueba practicada, y que le permite, con sustento en los principios de inmediación, oralidad y contradicción, determinar qué testimonios resultan creíbles, aplicando para ello máximas de la experiencia y del sentido común, valoración probatoria que deberá mantenerse siempre en la alzada a no ser que concurra alguno de los supuestos ya señalados con anterioridad, de modo que el error en la valoración no combate la presunción de inocencia, sino el proceso seguido por el Juzgador para llegar a la conclusión de que existe prueba válida y suficiente para enervarla, por lo que valoración probatoria y presunción de inocencia se encuentran en relación de causa-efecto ».

FJ 4º « (...) cuando el agente acude al apelante y le pone de manifiesto que los hechos de las lesiones y la rotura del pantalón provocada por la palanca de cambio, le incrimina, el apelante reconoce ser el conductor, extremo este que es ratificado por el enfermero de la ambulancia. Tales hechos de las lesiones y rotura del pantalón no son explicados por el apelante y se convierten en prueba de cargo en su contra, junto a las declaraciones de los agentes y del enfermero de la ambulancia, constituyen prueba de cargo suficiente y siendo el razonamiento del juez a quo objetivo, imparcial y basado en una lectura total y razonada de la prueba ... »

AP Madrid, sec. 6ª, S 1-2-2007, nº 41/2007 (EDJ 2007/49923) Caso de robo

Ningún error se aprecia en la valoración de la prueba por parte del Juez a quo para concluir de manera totalmente acertada que el acusado es el autor de la sustracción, conclusión lógica y racional , pues si el autor del robo huyó en un monovolumen, este vehículo es propiedad del acusado, sólo lo utiliza el acusado, no se lo dejó a nadie, la descripción del autor no excluye al acusado, en su vehículo se le ocupa un destornillador con la punta roma semejante al instrumento utilizado para romper el cristal del vehículo del perjudicado, y al acusado se le ocupan dos joyas que pertenecen al perjudicado, sólo resulta lógico concluir que fue el autor de la sustracción.

AP Zaragoza, sec. 6ª, S 28-7-2010, nº 244/2010 (EDJ 2010/194920) En caso de atentado y lesiones a agentes de la autoridad:

« (...) el testimonio de dichos agentes es verosímil, habiendo quedado constatadas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, tales como las derivadas de los partes médicos e informes forenses obrantes en la causa sobre las lesiones sufridas por dos de aquellos, o el dictamen pericial practicado sobre daños en la vestimenta y otros efectos que portaban los mismos... ».

AP Madrid, sec. 6ª, S 14-2-2007, nº 60/2007 (EDJ 2007/49973), sobre la prueba indiciaria en robo en que se ocupan efectos a los acusados aunque la víctima no los reconoce.

La valoración probatoria en la sentencia recurrida no se revela ilógica, irracional o arbitraria, porque enumera hasta cuatro indicios que permiten deducir, racionalmente, que los acusados fueron los autores del robo cometido, sin que en el recurso se cuestione su carácter incriminatorio, haciendo únicamente mención a que la víctima no reconociera a sus autores, o a la insuficiencia probatoria que suponía el que hubieran ocupado a los acusados los efectos sustraídos, pero ninguna de tales circunstancias desvirtúa la eficacia probatoria de los indicios que se enumeran en la sentencia, y que han sido valorados en su conjunto.

AP Vizcaya, sec. 1ª, S 26-10-2007 (EDJ 2007/267437) Conducción etílica

Se comprueba por la AP que el resultado que arrojó la prueba de impregnación alcohólica no dista mucho de la tasa a partir de la cual la jurisprudencia considera probable la existencia de afectación en el individuo medio, y esa prueba se practicó conforme a las prescripciones reglamentarias. Valora también que el acusado no aportó el mínimo principio de prueba sobre la ingestión de medicamentos que alegaba en coincidencia temporal con los hechos enjuiciados.

AP Girona, sec. 3ª, S 15-2-2007, nº 161/2007 (EDJ 2007/30102) Robo

La existencia de una intención en el acusado de acceder al interior del local para apoderarse de lo que de su interés pudiera encontrar se infiere sin dificultad de forma inequívoca del lugar donde se localizan los daños; el porte oculto de tres bolsas aptas para contener objetos; y la inexistencia de otra explicación lógica alternativa a la de querer entrar en el local para sustraer algo de su interior, pues no se advierte ni el acusado ha ofrecido alguna justificación distinta para la causación de los desperfectos en la puerta de entrada.

AP Barcelona, sec. 20ª, S 30-12-2008, nº 38/2009 (EDJ 2008/353308) sobre malos tratos en el ámbito familiar, pruebas objetivas

La AP verifica que el juez de instancia basó su convicción en el testimonio directo de la madre del acusado, en relación con otras pruebas objetivas de carácter incontestable, como son la inmediatez en interponer la denuncia tras los hechos, la objetivación de lesiones que la víctima sufrió a través del parte de asistencia médica y ulterior informe médico forense, compatibles con el relato secuencial de la madre del acusado y de las iniciales declaraciones de la víctima, a las que la juez *a quo* da mayor credibilidad.

5.3. LA ILÓGICA, IRRACIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD EN LOS CASOS DE COLISIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE INVESTIGADOS-IMPUTADOS CON LOS DE VÍCTIMAS-PERJUDICADOS

Me refiero aquí a aquellos casos en los que se anulan algunas pruebas o se practican otras sin las debidas garantías para todos los interesados en el proceso penal de que se trate.

Es obvio, como hemos visto, que tanto la legislación interna como las normas plasmadas en Convenios internacionales suscritos por España o las de la Unión Europea, amparan tanto los derechos los investigados-imputados-acusados, de una parte y de las víctimas y perjudicados de otra.

Todos esos derechos de unos y de otros no tienen por qué ser incompatibles ¿Pero que ocurre en caso de colisión de intereses? Lo lógico es hacer una interpretación de las normas

ponderando los mismos en el caso concreto, máxime cuando se trata de conflictos de solución discrecional. Veamos algunos:

· *La impugnación por haberse tomado declaración al investigado sin que tuviera íntegro conocimiento de las actuaciones seguidas contra él*

Es cierto que el La LECrim reconoce en el artículo 118 a quien se le atribuye un hecho punible el derecho a examinar las actuaciones antes de tomársele declaración Y si está detenido el 520, le confiere el derecho a acceder a los elementos de aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Es claro también que en las dependencias judiciales el Juez decide lo que se puede exhibir, máxime si la instrucción se ha declarado secreta. El problema se plantea en las dependencias policiales.

Pero observemos que se refiere a los elementos *esenciales*, no a la entrega completa de aquéllas, la cual podrá efectuarse en los casos más sencillos, pero no cuando afecte a las investigaciones referentes, v. gr., a otros investigados o sospechosos.

El derecho del acusado a presenciar todas las pruebas, frente al de las víctimas (y testigos) a declarar sin ser vistos (sin confrontación visual)

Igualmente habrá que valorar las circunstancias concurrentes, pero si las declaraciones se toman de manera que se pueda ver intimidado un testigo que racionalmente cabe pensar que puede sentir temor a declarar en presencia del acusado (v. gr., en caso de delitos violentos), la sentencia se podrá recurrir si no se guardaron las normas correspondientes relativas a la protección de víctimas y testigos.⁴⁰

El derecho a la intermediación frente al de determinadas víctimas a declarar el menor número de veces posible y/o por medio de expertos, especialmente si se trata de menores de edad o con la capacidad disminuida

Se trata de evitar lo que se denomina la victimización secundaria.

⁴⁰ Quien suscribe ha presenciado dos situaciones de ese tipo que pueden calificarse por un lado de esperpénticas y por otro de muy graves por sus consecuencias y por lo que supone de menosprecio a las víctimas:

· Una de ellas ocurrió en un Juzgado de lo Penal de Alicante, cuando aun no se disponían de biombo de separación para que los testigos pudieran declarar con unas mínimas condiciones de seguridad. Una señora declaró como testigo (pese a la oposición del Fiscal) desde la puerta que separaba la sala de vistas del despacho del Juez, ofreciéndosele tan solo como protección para que no se le pudiera identificar un folio al que se hicieron dos agujeros a modo de careta, pudiéndosele ver así por el acusado (de un delito violento) y los familiares de éste.

· La otra aconteció con motivo de un reconocimiento en rueda que por no tener lugar para ello en los Juzgados de San Vicente del Raspeig, se trasladó la comisión judicial al Centro Penitenciario de Fontcalent, donde (también con oposición del Fiscal) se efectuó el reconocimiento en rueda por la víctima de una brutal violación (señora de más de setenta años) a través de una reja en un corredor del Centro mientras transitaban a sus espaldas los internos que iban del patio al comedor, haciendo comentarios jocosos.

No parece que en ninguno de esos casos la víctima-testigo estuviera en las mejores condiciones de tranquilidad para practicar tan importantes diligencias de prueba.

Habrán otros casos en los que esa colisión de derechos se más difícil de precisar y que cualquiera que sea la decisión judicial no podrá ser tachada de irracional o arbitraria.

Pese a que tanto el Estatuto de la Víctima del delito (recordemos, Ley 41/2015) como la normativa internacional que le precede, establecen expresamente tal derecho, y en concreto el de la toma de declaración por medio de expertos, sin estar presentes otras personas, aunque las partes puedan hacerles preguntas por medio de éstos, algunas veces los tribunales han decidido que el menor declare de nuevo en aras de la inmediación. De ser así, si se aprecia que la declaración del menor no ha sido todo lo libre que debiera ser, procederá, entendemos, el recurso correspondiente⁴¹.

Hoy día recogen con toda nitidez el art. 448 último párrafo y el 707.2 LECrim el derecho de estas personas a declarar evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando los medios técnicos precisos. Y el 731 bis se refiere al uso de la videoconferencia.

En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306, *in fine*, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista (fundamento a que se alude a otros efectos en la STC nº 120/2009, de 18 de mayo).

Las garantías en las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución, previstas en la LECr, especialmente tras la reforma por L.O. 13/2015, en sus arts. 545 y ss.

Me refiero a los casos de la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, la detención y apertura de correspondencia, la interceptación y grabación de comunicaciones, la utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de equipos informáticos y de almacenamiento masivo, incluido el registro remoto y la interceptación de comunicaciones, utilización de dispositivos seguimiento y de captación de la imagen y registro de dispositivos de almacenamiento (incluso remoto).

Habrá de estarse a los principios rectores 588 bis y ss. LECrim: especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Es fundamental la sujeción a tales principios porque si no, conforme a la *teoría de los frutos del árbol envenenado*, se anularán todas las pruebas derivadas de la viciada por infracción de aquellos derechos.

⁴¹ En esta misma línea, la STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de inmediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores. A su vez, las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia, § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos —tales como «la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable»—, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

Pero también hay que tener en cuenta que la obtención de Justicia se ve amenazada tanto cuando se aceptan pruebas ilícitas como cuando se desestiman como tales las que no lo son. La indefensión también se puede generar por ese motivo, esta vez a las acusaciones.

Habrá que ver si la petición está fundada o no, más la fundamentación bastará que se ajuste a los parámetros o principios antes indicados, sin que quepa exigir nada más al respecto. En caso de hacerlo cabría plantearse el recurso correspondiente por tal motivo.

A título de ejemplo, en lo concerniente a la autorización de intervenciones telefónicas, el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-1-2008, nº 25/2008, (EDJ 2008/25603), vino a decir:

« Por último tanto el Tribunal Constitucional (S. 123/97 de 1.7), como esta misma Sala (SS. 14.4.98, 19.5.2000, 11.5.2001 y 15.9.2005), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamenta en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan las SS. 26.6.2000, 11.5.2001 y 27.10.2002, entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial ».

Y la STS de 15-2-2017, nº 85/2017 (ROJ STS 476/2017), revocó la sentencia de la Audiencia Provincial que había anulado el auto del Juzgado de Instrucción que había autorizado las intervenciones telefónicas sobre las que se inició el procedimiento. Recoge una amplia doctrina sobre los elementos que ha de reunir la petición policial y demás requisitos al respecto. Como vimos, ordena la repetición del juicio por otro tribunal. Hasta tal punto hay que ser cuidadoso en orden a la anulación o no de determinadas pruebas que puede darse el caso de que un tribunal las anule y otro que las valora en otra causa por deducción de testimonio, no lo haga⁴².

A ello puede añadirse que existen casos en los que las condenas pueden fundarse en distintos medios de prueba y el hecho de que una de ellas esté viciada no implica que las demás sí lo estén (véase, en este sentido, la STC 40/2004, de 22 de marzo), por lo que parece prudente que el uso que se haga de la citada teoría de los frutos del árbol envenenado, se racional.

6. CUESTIONES ORGANIZATIVAS DE LAS FISCALÍAS ANTE EL NUEVO RECURSO ANTE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sigo principalmente en este apartado el *Borrador de Circular de la Fiscalía General del Estado sobre algunas cuestiones organizativas que suscita la nueva regulación de la segunda*

⁴² Así ha ocurrido en la causa Sumario 3/2010 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrevieja, en que la Sec. 7ª de la AP de Alicante (con sede en Elche) ha anulado un auto mientras que por las mismas intervenciones, en un procedimiento seguido contra otro acusado (tras deducción de testimonio) en la Audiencia Nacional, se dictó sentencia condenatoria, S. 24/2016, de 22 de septiembre (Rollo de Sala 12/2012).

instancia en materia penal, que como ya he adelantado, se presentó en la Junta de Fiscales Superiores celebrada en la FGE el 25 de octubre de 2016. Resumo y destaco de él lo que me parece más esencial al respecto.

6.1. COORDINACIÓN ENTRE LAS FISCALÍAS PROVINCIALES Y DE TSJ

Sobre el desplazamiento de las actuaciones a órganos no ubicados en la propia provincia origen del asunto y la intervención de Fiscales encargados del despacho en los correspondientes Tribunales de Apelación.

Para llevar a cabo la tarea referida, resulta precisa la remisión de informes, antecedentes y documentación necesaria. Sirven las directrices FGE como la Circular de 14 de marzo de 1980 –que recoge las anteriores- y la Instrucción de 28 de octubre de 1985, ambas sobre preparación de los recursos de casación en materia penal. También puede servir de referencia la práctica habitual la elaboración de un dossier para las apelaciones en materia de Jurado.

Para este caso «lo importante a resaltar, desde un punto de vista organizativo, radica, en primer lugar, en el carácter excepcional de la vista y, en segundo, en la ausencia del trámite de emplazamiento y personación ante el órgano superior, como el previsto en el art. 859 para la casación, y 846 bis, letra “d”, LECrim para la apelación ante el TSJ en los casos de la LOTJ».

«La intervención de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma será previsiblemente muy reducida, (...) Por ello, sólo en los casos en que la Sala de lo Civil y Penal del TSJ haya acordado la celebración de vista, será imprescindible la remisión de los referidos informes, antecedentes y documentación necesaria por la Fiscalía Provincial correspondiente, previa reclamación de la Oficina de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de su territorio».

6.2. EL CONTROL DE PRESOS

Como principal incidencia que pueda surgir durante la sustanciación del recurso encontramos ésta. Según el Borrador, corresponderá a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma emitir los informes sobre la situación personal del acusado o procesado, medidas cautelares, busca y captura y rebeldía, siendo, en este sentido, de aplicación los criterios establecidos en las Instrucciones 5/2004, de 8 de noviembre, *relativa al seguimiento de los supuestos de privación cautelar de libertad* y 4/2005, de 15 de abril, *sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación*.

Es posible que eso deba ser aclarado o concretado, porque no en todos los ámbitos territoriales se siguen los mismos criterios en la práctica judicial sobre a disposición de qué órgano judicial queda el preso una vez se eleva la causa al superior, pues la LECrim no especifica el órgano competente para resolver en la fase de apelación las incidencias relativas a la situación personal de los presos.

No obstante el Borrador dice que « Debe entenderse que es más coherente con el efecto devolutivo y con el control efectivo de la situación de los presos que, durante la sustanciación del recurso de apelación, la pieza y sus incidencias permanezcan bajo la competencia de la

Audiencia Provincial o del TSJ en sus respectivos casos».

Por regla general, cuando la pieza separada de situación personal permanezca en la Audiencia Provincial, es lógico que sea la Fiscalía provincial la que atienda las incidencias relativas a medidas cautelares.

En cualquier caso, el 528 indica que *todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados.*

6.3. ¿QUÉ FISCAL INTERVIENE EN SEGUNDA INSTANCIA?

Se menciona como referencia la Instrucción 1/1997, de 6 de octubre, *acerca de algunos aspectos relativos a la presencia de la representación del Ministerio Fiscal en los recursos de apelación en el procedimiento ante el jurado.*

De ella puede deducirse que en aquellos supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo impongan, puede acordarse el excepcional traslado del representante del Fiscal que conoció del asunto para celebrar la apelación. Esta designación para actuar en asunto determinado, que corresponde al Fiscal Superior, requiere la previa audiencia del Consejo Fiscal, conforme al art. 22.4 en relación con el art. 26 EOMF⁴³.

Por lógica, lo mismo procederá en la intervención en el nuevo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los procedimientos abreviado y ordinario.

Muy probablemente hayan de fijarse criterios específicos para los casos que hayan sido llevados por Fiscalías Especiales, singularmente por la de Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

6.4. ¿A QUIÉN CORRESPONDE PREPARAR EL EVENTUAL RECURSO DE CASACIÓN?

En los casos en que proceda, el recurso de casación contra la sentencia dictada por el TSJ en apelación, el Borrador de Circular dice:

« Podría entenderse que dada la argumentación precedente, debería corresponder tal preparación al Fiscal que llevó el asunto en primera instancia.

Sin embargo, son de más peso los argumentos que fundamentan la asignación de tal función a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma (...)

⁴³ Siguiendo el procedimiento previsto en el epígrafe III.1 de la Instrucción 4/2011, de 17 de noviembre, sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal.

El recurso de casación viene referido no a la sentencia de instancia sino a la sentencia dictada en apelación. En caso de que sea necesario tomar conocimiento de las vicisitudes del procedimiento en la instancia, el Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad podrá acceder sin mayor problema a los datos (calificación y extracto) que obran en la Fiscalía Provincial.

Y en cuanto al *incidente de nulidad de actuaciones*, «dado el contenido del mismo referido a la sentencia recaída, serán igualmente las Fiscalías de las Comunidades Autónomas las que valorarán la concurrencia de los elementos para la interposición o, en su caso, contestación, siguiendo los criterios establecidos en la Circular 2/2013...».

El Borrador concluye diciendo al respecto: «Todo ello, claro es, habrá de entenderse sin perjuicio de que por parte de los Fiscales Superiores, y de los Fiscales Jefes Provinciales y de Área se articulen vías ágiles de comunicación y coordinación a fin de lograr la máxima eficacia en la valoración de la procedencia de los recursos y en la tramitación de los mismos».

7. CONCLUSIONES

1.- 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*, procede a generalizar la segunda instancia. Establece diferencias entre los recursos que pueden presentar las defensas y los de las acusaciones, basándose, dice su Preámbulo, en las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional. También en lo relativo a la resolución del recurso, según afecte a sentencias que en primera instancia hubieran sido absolutorias o condenatorias.

La introducción del recurso frente a sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias obliga a que articulen vías ágiles de comunicación y coordinación entre las Fiscalías Superiores, Provinciales y de Área, sin perjuicio de las pautas que marque la Fiscalía General del Estado.

2.- Según la jurisprudencia del TEDH:

- Los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar el modo de garantizar la aplicación del derecho al recurso contra las sentencias penales condenatorias.
- La revisión del tribunal superior puede abarcar puntos de hecho y de derecho o limitarse exclusivamente a aspectos jurídicos.
- Y el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se debe fundamentar en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

3.- No son uniformes los criterios de las Comunicaciones del Comité de Derechos Humanos en cuanto al valor del recurso de casación (en España) como modo de llenar lo previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

4.- El Tribunal Constitucional, antes de su STC 167/2002 en cuanto al derecho al recurso contra sentencias condenatorias penales:

- No implica una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en la primera. no es exigible constitucionalmente que dicho recurso implique la celebración de un nuevo juicio íntegro. Y que el legislador tiene libertad de configurar el recurso bien como un nuevo juicio, bien como una revisión del fallo condenatorio y de la pena.

- En lo relativo a las facultades del Tribunal *ad quem* a diferencia del recurso de casación, el de apelación en el procedimiento penal abreviado, permite resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, 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.

Tras la STC nº 167/2002, de 18 de septiembre:

- Cuando se recurre una sentencia absolutoria se precisa, por respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que toda condena (en segunda instancia) articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

- Los requisitos de motivación son diferentes según la sentencia sea condenatoria o absolutoria. En el segundo de los supuestos hay que tener en cuenta que la absolución se justifica cuando exista una duda razonable, y no cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado.

5.- No toda la doctrina se ha mostrado favorable a esos nuevos criterios. Se han criticado por lo siguiente:

- La consecuencia más evidente es la limitación de los derechos de las víctimas al impedirles utilizar el recurso de apelación de forma efectiva y la práctica firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia del proceso penal.

- Ningún sentido tiene repetir en apelación ninguna clase de prueba, ya que en ese caso el Tribunal de apelación estaría conociendo de un nuevo juicio no revisando en apelación.

- Debe permitirse la reproducción en segunda instancia de la grabación de la prueba practicada en la primera. Es un nuevo medio que se introdujo en la Ley 13/2009.

· En cuanto a la exigencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de recursos frente a sentencias absolutorias, lo único que exige es la celebración de una vista contradictoria en apelación con audiencia del acusado.

6.- La reforma introducida por la Ley 41/2015 parece consagrar el desequilibrio entre la posición de los imputados-acusados frente a la de las víctimas-perjudicados que parece contrario a los principios de otras normas internacionales y de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, aprobada sólo unos meses antes (y a los de las normas internacionales de las que trae causa), aunque éstas no se refieran expresamente a la apelación.

Es de recordar que dicho Estatuto se justifica, según su Preámbulo, por la demanda social al respecto y «*para completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado*». Entre otros derechos le reconoce los de participación activa en el proceso penal y a recibir un trato no discriminatorio.

Aunque el Pacto Internacional de 1966 reconozca el derecho a la segunda instancia al condenado por un delito, nada obsta a que se permita a otras partes del proceso recurrir en circunstancias similares (como inicialmente se admitía por el TC). El hecho de que se reconozcan derechos a unas personas no ha de implicar necesariamente que se les nieguen a otras.

7.- Además de los casos en los que ya se viene permitiendo solicitar prueba para la segunda instancia, habrá que tener en cuenta, atendida la jurisprudencia del TC, que cuando se pretenda la revocación o anulación de una sentencia absolutoria o la agravación de una condenatoria, habrá que solicitar la presencia del acusado en ella, salvo que se trate de recurso por infracción de ley. También la reproducción de la práctica de las pruebas de tipo personal (acusados, testifical y pericial, salvo en este caso si constan en documento escrito las razones de la misma).

8.- La misma inmediación puede lograrse con el visionado de la grabación de lo acontecido en la primera instancia que con una videoconferencia durante la misma o con una prueba preconstituída que se hubiese practicado antes de celebrarse el juicio oral y se reprodujese en éste. Lo relevante será que luego se someta a contradicción de nuevo ante el Tribunal de apelación.

9.- En los casos de error en la apreciación de la prueba, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios.

En los de infracción de ley o de quebrantamiento de normas o garantías habrá que estar al supuesto concreto.

10.- En los casos de omisión de hechos probados cabrá el recurso por la vía de quebrantamiento de las normas y garantías procesales.

11.- Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales sobre la imparcialidad objetiva de los tribunales, que cada vez restringen más la posibilidad de que el que haya tomado alguna decisión relevante en un proceso no pueda intervenir en el juicio oral, y aplicando tal postura a los casos de anulación de sentencias, lo más coherente será solicitar y acordar el nuevo se celebre nombrando para ello otro Tribunal integrado por Magistrados distintos.

12.- Dado el distinto tratamiento que se ha dado a las defensas y acusaciones en el recurso por error en la apreciación o valoración de la prueba, habrá que mantener un término equilibrado en lo que se refiere a los criterios de falta de racionalidad, apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia y omisión de todo razonamiento. No se pretende una interpretación extensiva contra el reo, sino que no sea tan restrictiva que haga inoperante el derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones.

13.- De igual modo, hay que buscar un punto equilibrado a la hora de determinar la forma de practicar determinadas pruebas o de anular o no algunas de ellas en los casos de colisión de derechos de los investigados-acusados y de las víctimas-perjudicados.

14.- En definitiva: Cuantos más derechos y garantías ofrezca el proceso penal, mejor. Pero para todos.