

CIRCULARES

CIRCULAR 1/2018, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA NUEVA REGULACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA PENAL

1. Ideas generales.–2. Incidencias durante la sustanciación del recurso.–3. Intervención del Fiscal que llevó el asunto en primera instancia.–4. Preparación del recurso de casación contra la sentencia dictada por el TSJ.–5. Novedades en los motivos del recurso de apelación.–5.1 Introducción.–5.2 Recurso por error en la valoración de la prueba contra sentencias absolutorias.–5.2.1 Fundamentación del recurso.–5.2.2 Alcance de la nulidad decretada en segunda instancia.–5.3 Recurso por error en la valoración de la prueba contra sentencias condenatorias.–5.4 Recurso por infracción de Ley.–5.5 Recurso por quebrantamiento de forma o garantías.–5.5.1 Ideas generales.–5.5.2 Vicios *in procedendo*.–5.5.3 Vicios *in iudicando*.–5.5.4 Apelación por infracción de precepto constitucional.–5.5.5 Efectos de la sentencia de apelación.–6. Otras cuestiones.–6.1 Resoluciones de las Audiencias Provinciales susceptibles de apelación.–6.2 Celebración de vista.–6.3 Visualización de la grabación.–6.4 Tratamiento de la prueba practicada en segunda instancia.–6.5 Cómputo de los plazos para recurrir en apelación.–6.6 Apelación adhesiva.–6.7 Recurso de apelación y prisión provisional.–6.8 Motivación.–7. Cláusula general referida a las Fiscalías de Área.–8. El recurso de apelación en el proceso penal de menores.–9. Referencia al nuevo recurso de casación en unificación de doctrina.–10. Cláusula de vigencia.–11. Conclusiones

1. IDEAS GENERALES

La instauración de una segunda instancia mediante la que un tribunal superior, en atención a su experiencia y por composición, reexamina el pronunciamiento penal, es sin duda una vía para minimizar fallos humanos.

El fundamento del establecimiento de un recurso de apelación es pues la introducción de mecanismos que permitan revisar posibles errores en la aplicación de las normas procesales y sustantivas y en la valoración de la prueba.

El derecho a la doble instancia deriva de lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su art. 8 establece que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*. El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre 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*. Por su parte, el art. 2.1 del Protocolo adicional n.º 7 de 1 de noviembre de 1988 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales dispone que: *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 un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por ley*.

Por lo tanto, la doble instancia penal aparece como un derecho de configuración legal que se atribuye a la persona condenada, pero no necesariamente a las acusaciones, cuyas capacidades impugnatorias pueden estar limitadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la normativa vigente sobre esta cuestión.

El Tribunal Constitucional (STC n.º 123/2005, de 12 de mayo) ha estimado que «el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias (...) se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (...) el derecho fundamental al recurso contra sentencias penales condenatorias sólo alcanza a la necesidad de que se configure legalmente un recurso que posibilite una revisión íntegra de la condena y la pena y, en consecuencia, no es exigible constitucionalmente que dicho recurso implique la celebración de un nuevo juicio íntegro; y, en segundo lugar, 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, 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».

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, entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, siendo aplicable a los procedimientos penales incoados con posterioridad a la misma (con independencia de la fecha de comisión del delito), careciendo de incidencia retroactiva sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha (DF 4.^a y DT única).

Esta Ley procede a generalizar de manera efectiva la segunda instancia. La evolución se inició en la LOPJ por LO 19/2003, de 23 de diciembre, cuya Exposición de Motivos (apartado II) ya aludía a la potenciación de «las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional». Los arts. 64 bis, apartado 1 y 73, apartado 3, letra «c» LOPJ incorporaron estas nuevas atribuciones respectivamente de la Sala de Apelación de la AN y de la Sala de lo Penal de los TSJ. Sin embargo, las novedades referidas no contaron con una correlativa modificación de la LECrim, situación que se ha prolongado hasta la Ley 41/2015.

El nuevo art. 846 ter LECrim hace referencia, pues, al recurso de apelación contra las sentencias (también respecto de los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre) dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia, que son recurribles ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

La generalización de la apelación no es total, pues las sentencias dictadas en primera instancia por los TSJ solo son recurribles en casación –art. 847.1.a). 1.º LECrim–, y las pronunciadas en primera instancia por el Tribunal Supremo son irrecurribles. Estas excepciones son compatibles con el apartado 2 del art. 2 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que permite que el derecho a la segunda instancia pueda «ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución».

La sustanciación de los referidos recursos se rige por lo dispuesto en los arts. 790 a 792 LECrim, preceptos que regulan esta cuestión para el procedimiento abreviado en sentencias dictadas por el Juez de lo Penal o Juez Central de lo Penal. Se aparta, pues, del sistema previsto en el propio Título Primero del Libro V para el recurso de apelación contra las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia

Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado (arts. 846 bis «a» a «f») que mantiene sus especialidades.

Las novedades tanto orgánicas como procedimentales derivadas de la reforma hacen necesario un nuevo pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado para incorporar criterios de organización y pautas interpretativas en relación con las resoluciones recurribles, los motivos para interponerlo y cuestiones colaterales.

2. INCIDENCIAS DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO

Las incidencias que puedan surgir durante la sustanciación del recurso de apelación interpuesto frente a resoluciones de la Audiencia Provincial deberán ser atendidas por la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, dado que la misma es la interlocutora del TSJ. En particular, 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*.

Este principio general debe matizarse. La LECrim no especifica el órgano competente para resolver las incidencias relativas a la situación personal de los presos en causas en fase de apelación, laguna que plantea serias dificultades prácticas.

Las soluciones que se presentan en la *praxis* judicial son dispares y contradictorias. Así, en el marco de los recursos de apelación referidos a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, la Audiencia Provincial de Madrid (Acuerdo de Unificación de Criterios de 26 de octubre de 2001) sostiene «que se indique a los Juzgados de lo Penal que envíen las piezas de situación personal junto con la causa principal, para que sea la respectiva Sección la que resuelva las incidencias que puedan surgir mientras la causa se halle en la Audiencia, pendiente de resolución». Dicho Acuerdo ha sido ratificado en fecha 26 de septiembre de 2016, declarándose que «el órgano competente para la resolución de la segunda instancia conocerá de la pieza separada de situación personal». Si resuelta la apelación se interpusiera recurso de casación, «se devolverá la pieza de situación personal al

órgano judicial que resolvió la primera instancia, junto con testimonio del auto por el que se tenga por preparado el recurso de casación». En esta misma línea, la Audiencia Provincial de Valladolid, en un Pleno no Jurisdiccional de las Secciones Penales de fecha 19 de enero de 2017, aprobó por unanimidad que «el órgano competente para la resolución de la segunda instancia conocerá de la pieza separada de situación personal. Si resuelta la apelación se interpusiera recurso de casación, se devolverá la pieza de situación personal al órgano judicial que resolvió la primera instancia, junto con testimonio del auto por el que se tenga por preparado el recurso de casación».

En sentido contrario, la Audiencia Provincial de Valencia (Acuerdo de 30 de septiembre de 2016) sostiene que «la elevación de las causas con preso a la Audiencia Provincial para resolver el recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, no supondrá en ningún caso la puesta a disposición del tribunal del preso afectado, que seguirá a disposición del correspondiente Juzgado de lo Penal», quedando las piezas de situación «en poder del Juzgado de lo Penal para la resolución de cuantas cuestiones se planteen en las mismas (prórrogas, ceses, etc.), y en el caso de que se remitan con los autos principales, deberán ser devueltas al Juzgado de lo Penal».

Planteamientos similares se observan en los Tribunales Superiores de Justicia en los casos en que estos conocen del recurso de apelación. Por ejemplo, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid en auto de 10 de enero de 2017 y en relación específica con el nuevo régimen de la apelación, rechaza su competencia para conocer de incidencias en la pieza de situación personal.

Debe entenderse que durante la sustanciación del recurso de apelación es más coherente con el efecto devolutivo y con el control efectivo de la situación de los presos que la pieza y sus incidencias sean competencia de la Audiencia Provincial o del TSJ en sus respectivos casos. Este debe ser el criterio a defender por los Sres. Fiscales.

No obstante, siendo previsible que en algunas Comunidades los TSJ no asuman este criterio, los Sres. Fiscales Superiores adoptarán las disposiciones oportunas atendido el criterio consolidado por los órganos jurisdiccionales de la respectiva Comunidad Autónoma.

En los territorios en los que la pieza separada de situación personal no se remita al TSJ, será lógicamente la Fiscalía provincial la que atienda las incidencias relativas a medidas cautelares.

El principio general que en todo caso deberá inspirar la actuación de las Fiscalías será el sentado en el art. 528 LECrim: «todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a

dilatar lo menos posible la (...) prisión provisional de los inculpados o procesados».

3. INTERVENCIÓN DEL FISCAL QUE LLEVÓ AL ASUNTO EN PRIMERA INSTANCIA

Una segunda cuestión que debe ser analizada es la de la posibilidad de desplazamiento del Fiscal que llevó el asunto en primera instancia para acudir a la vista acordada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. 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*, dejó constancia de la práctica de que el Fiscal que interponía el recurso de apelación solicitara autorización para la llevanza personal de la vista ante el TSJ. La Instrucción, estimando elogiable el interés demostrado por los Fiscales, consideró, sin embargo, dadas las dificultades que planteaba en los supuestos de no coincidencia de las sedes procesales, que «en el ámbito de sus respectivas competencias, los Fiscales Jefes acomodarán sus decisiones y darán curso a las distintas solicitudes que pudieran producirse, conforme a un criterio restrictivo, con arreglo al cual, se evitará el desplazamiento de aquellos Fiscales que hubieran conocido el procedimiento por Jurado en la primera instancia hasta la sede del Tribunal Superior de Justicia que haya de conocer de la apelación».

Lo anterior, continúa señalando la referida Instrucción, no obsta para que «en aquellos supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo impongan, se acuerde lo necesario para activar la fórmula estatutaria que permite el excepcional traslado del representante del Fiscal», debiendo la solicitud «ir acompañada de cuantos antecedentes e informes avalen la especialidad del caso que motiva aquella medida».

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 EOMF, 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 mismo tratamiento habrá de darse a esta cuestión en la intervención en el nuevo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los procedimientos abreviado y ordinario.

4. PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL TSJ

Otro punto que debe aclararse es el relativo a qué Fiscal debe preparar, en los casos en que proceda, el recurso de casación contra la sentencia dictada por el TSJ en apelación.

Concurren argumentos de peso para fundamentar la asignación de tal función a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

En efecto, la recepción de la notificación de la sentencia de apelación corresponde en todo caso a los Fiscales de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta que el plazo para anunciar la preparación del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 856 LECrim, es de cinco días, por lo que otra opción podría generar problemas a efectos de que la sentencia llegue a conocimiento del Fiscal con tiempo suficiente para poder valorar su contenido y presentar el correspondiente escrito de anuncio de preparación del recurso. Por otra parte, es claro que la presentación del escrito anunciando el recurso se debe hacer ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, pues de ella va a proceder la resolución a recurrir. De este modo, el escrito de preparación debe necesariamente ser firmado por un Fiscal con destino en la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

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 que obren en la Fiscalía Provincial.

Por todo ello corresponderá la preparación del recurso de casación a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Por los mismos motivos, corresponderá la solicitud de aclaración a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

En relación al incidente de nulidad de actuaciones, dado el contenido del mismo referido a la sentencia recaída, serán igualmente las Fiscalías de las CCAA 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, *sobre intervención del Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones*.

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.

En los casos en los que se designe a un Fiscal de la Fiscalía Provincial o de Área para intervenir en la vista, habrá de entenderse – salvo disposición en contrario en el propio decreto de designación– que al mismo corresponderá promover en su caso la aclaración de la sentencia, instar su nulidad o preparar el recurso de casación.

5. NOVEDADES EN LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.1 Introducción

En un primer momento, el TC estimó que, a diferencia del recurso de casación, el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho» (SSTC n.º 172/1997, de 14 de octubre; 120/1999, de 28 de junio; ATC n.º 220/1999, de 20 de septiembre).

A partir de la STC n.º 167/2002, de 18 de septiembre, se modificó este criterio. La resolución precitada se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras la revisión de una previa absolución, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia, o de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania). Según esa doctrina, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

Se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre otras, SSTC n.º 126/2012, de 18 de junio; 22/2013, de 31 de enero; o 43/2013, de 25 de febrero), según la cual resulta 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 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.

Junto con la generalización de la segunda instancia, el Preámbulo de la nueva Ley 41/2015 declara que se «ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso», respondiendo a las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional.

Las disposiciones que a tales efectos introduce la reforma de 2015 en cuanto al motivo consistente en el error en la valoración de la prueba plantean algunas dificultades, que hacen necesario dar algunas pautas exegéticas. Parece igualmente procedente dar algunas directrices sobre los demás motivos de apelación.

5.2 Recurso por error en la valoración de la prueba contra sentencias absolutorias

5.2.1 FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

El nuevo párrafo tercero del art. 790.2 LECrim viene a incorporar la evolución jurisprudencial antes referida, señalando las exigencias que debe cumplir el escrito de formalización del recurso de apelación cuando se alegue error en la valoración de la prueba para pedir la revocación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria.

La reforma pudo haber optado por suprimir los recursos contra las sentencias absolutorias por error en la valoración de la prueba. De hecho, el Anteproyecto de LECrim de 2011 adoptó esta solución radical al establecer en el apartado segundo del art. 625 que, *en ningún caso, los acusadores podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia*. No es ésta la opción de la reforma de 2015, que sintéticamente puede decirse que incorpora la doctrina del TC y simultáneamente posibilita un control limitado en segunda instancia de las sentencias absolutorias.

Para poder articular este motivo deberá justificarse alguna de estas circunstancias: 1) La insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica; 2) El apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia; o 3) La omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

A la vista de la nueva redacción del art. 790.2 LECrim, es imprescindible que, en los escritos de interposición de un recurso de apelación por error en la valoración de prueba, cuando se pretenda la

anulación de la sentencia o la agravación de la condena, se mencione y justifique uno de los tres referidos supuestos, sin que sea bastante una mención genérica. Podrán, no obstante, alegarse varios de ellos, pero en todo caso deberá motivarse suficientemente su invocación.

El canon de razonabilidad en la valoración de la prueba tiene un margen de amplitud difícil de precisar, por lo que, dado el carácter excepcional que se atribuye a la nulidad, parece necesario dejar claro que no comprende la simple discrepancia valorativa.

La nueva redacción del precepto no distingue entre pruebas personales y otras que no revistan este carácter (por ejemplo, la documental o la pericial documentada). Debe partirse de que las exigencias que establece se extienden a cualquier pretensión de modificación de hechos probados *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*.

La jurisprudencia ha acuñado criterios sobre la declaración de nulidad de sentencias absolutorias que pueden ser orientativos a la hora de deslindar los supuestos que, por exceder de la simple discrepancia valorativa, pueden fundamentar el recurso de apelación:

1) Supuestos de irracionalidad en la valoración que «...*adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena*» (SSTS n.º 374/2015, de 28 de mayo, o 397/2015, de 29 de mayo).

2) La falta de racionalidad en la valoración, transgresora 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 n.º 350/2015 de 21 de abril, 783/16 de 20 de octubre o 407/17 de 18 de mayo, entre otras).

3) Debe partirse de que son distintos los parámetros para determinar una supuesta arbitrariedad en los casos de absolución que en los condenatorios, de no ser así, supondría 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 (STS n.º 397/2015, de 29 de mayo o 865/2015 de 14 de enero de 2016).

4) 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. En este sentido, 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. (SSTS n.º 923/2013, de 5 de diciembre; n.º 1087/2010, de 20 de diciembre).

5) El contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución fundada, racional, ajustada a las máximas de experiencia y a los dictados de la lógica, no puede ser artificialmente extendido hasta abarcar supuestos que se mueven más en el ámbito de la discrepancia valorativa que en el de la irrazonabilidad del desenlace probatorio asumido por el órgano de instancia (STS n.º 923/2013, de 5 de diciembre). El Tribunal, en definitiva, debe examinar si el argumento de la absolución es patentemente arbitrario hasta el punto de poder tenerle por inexistente (STS n.º 671/2017 de 11 de octubre). 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» (por todas, SSTC n.º 78/2002, de 8 de abril y 141/2006, de 8 de mayo).

El apartamiento de las máximas de la experiencia deberá invocarse de forma restrictiva pues, como se ha interpretado en el ámbito civil, se trata de supuestos donde el razonamiento va en contra de la evidencia de los hechos, lo que exige que éstos hablen por sí solos, siguiendo el principio *res ipsa loquitur*. Se trata de casos en que la aplicación de la lógica a la fuente de prueba implica inferir de modo incuestionable lo que se quiere probar.

En cuanto a la omisión de todo razonamiento sobre alguna prueba, debe ponerse el acento en la palabra «todo», de suerte que no es motivo suficiente el hecho de que se valore la prueba en un sentido distinto del que considera adecuado el Fiscal, sino que haya una verdadera ausencia de motivación, siempre, lógicamente, que de haberla tenido en cuenta, se llegara a la conclusión propugnada por el recu-

rente. El motivo incluye también la posibilidad de alegar error en la valoración de la prueba cuando se haya declarado improcedentemente la nulidad de una prueba practicada, lo que habrá de tenerse en consideración para alegar adecuadamente esta circunstancia. Es posible que la nulidad haya generado indefensión, por lo que podría pensarse en la alegación del motivo de quebrantamiento de las normas y garantías procesales, pero el hecho de que el Legislador mencione expresamente este supuesto dentro del motivo de error en la valoración de la prueba aconseja que, al menos, los Sres. Fiscales aleguen ambos motivos conjunta o alternativamente en sus recursos de apelación.

5.2.2 ALCANCE DE LA NULIDAD DECRETADA EN SEGUNDA INSTANCIA

El nuevo apartado segundo del art. 792 LECrim señala que «la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2».

El efecto de estimar la apelación consiste en que la sentencia «podrá ser anulada», devolviéndose las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. El alcance de esa devolución tiene que concretarse en la sentencia, que debe definir 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 tenor del precepto admite que no siempre será necesaria la repetición del juicio oral, y que, aun cuando sea precisa esa repetición, pueda realizarse con la misma o diferente composición. En cualquier caso, no fija parámetros para decantarse por una u otra solución. Será el análisis de cada supuesto concreto el que permita fundamentar racionalmente una u otra opción.

En este punto pueden ser de interés algunas pautas interpretativas jurisprudenciales.

Así, 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 n.º 170/2015, de 20 de marzo).

Aclara más esta cuestión la STS n.º 1066/2012, de 28 de noviembre: «Lo que se pide a los tribunales de justicia en nuestro ordenamiento (...) no es un puro acto de voluntad, una decisión intuitiva, ligada a la propia percepción de la justicia en el caso concreto; sino un proceso intelectual en el que mediante un discurso racional y por tanto compartible y exteriorizable, se llega a una decisión. 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».

Cuando se anula la sentencia por considerar irracionales las inferencias del Tribunal *a quo*, parece lógico interesar la nueva celebración del juicio con nuevos magistrados, pues el riesgo de reiteración en el fallo es evidente.

La STS n.º 289/2017, de 20 de abril opta por ordenar la repetición del juicio ante un tribunal con distinta composición «a fin de evitar legítima suspicacia sobre la predictibilidad del criterio», en un supuesto en el que el TS advierte graves deficiencias en la motivación de la valoración de la prueba.

Por tanto, como conclusión, cuando el fundamento del recurso radique en el error en la valoración de la prueba y se solicite la anulación de la sentencia, los Sres. Fiscales en el escrito de interposición, o en su caso en el de contestación, informarán especialmente sobre si procede que la nulidad se extienda al juicio oral y si, en el caso concreto, es necesaria una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

Debe tenerse presente, a la hora de informar sobre tales extremos, que la repetición del juicio oral y la nueva composición del órgano de primera instancia implican una adicional inversión en medios personales y materiales, con altos costes cuando se trata de causas complejas, generando indefectiblemente dilaciones en el procedimiento. Por ello, tal opción requiere una rigurosa justificación debidamente fundamentada en la que se lleve a cabo una adecuada ponderación entre los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); y el respeto al proceso debido con todas las garantías y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Declara en este sentido la STS n.º 703/2016, de 14 de septiembre que las exigencias del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas «obliga a llegar a soluciones de nulidad –que siempre comportan retrasos– solo cuando sea ineludible esa respuesta».

Cuando la causa de la anulación sea la omisión de razonamientos sobre pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada, habrá de entenderse como regla general que no es necesario repetir el juicio oral ni consiguientemente una nueva composición del órgano de primera instancia. En estos supuestos el juicio oral se habrá celebrado conforme a Derecho, siendo el vicio únicamente *in iudicando*. Del mismo modo, tales infracciones no implican *per se* compromiso para la imparcialidad del Juzgador.

Los supuestos en los que la sentencia de apelación declara la nulidad para que se valore una prueba practicada que por haber sido declarada ilícita no se valoró, serían quizás los más claros ejemplos de posibilidad de mantenimiento del juicio oral ya celebrado y consiguiente mantenimiento de la composición del Tribunal (en este sentido, vid. STS n.º 347/2014, de 28 de abril).

5.3 Recurso por error en la valoración de la prueba contra sentencias condenatorias

Desde la perspectiva de la Defensa, solicitando la absolución o la atenuación de la condena, el papel de los órganos de apelación es diferente, pues «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» (por todas, STS n.º 945/2013, de 16 de diciembre y las que en ellas se cita).

La garantía de la inmediación no se proyecta en todo el control que realiza el tribunal de apelación sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia. En este sentido el TC ha expresado que «decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación» (STC n.º 120/2009, de 18 de mayo).

Lo anterior determina que, si la prueba viciada constituía el fundamento de la condena o, si como señala la STS n.º 631/2014, de 29 de

septiembre, existe «una ausencia relevante de motivación que no verse sobre la valoración sino sobre la propia concurrencia de prueba suficiente para fundamentar la condena», el derecho a la presunción de inocencia debe determinar directamente la absolución, posibilidades que no están vedadas al órgano *ad quem*.

En definitiva, en los recursos contra sentencias condenatorias promoviendo la absolución o la reducción de la condena, el condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas. El Tribunal *ad quem* por su parte, puede sustituir la valoración de la prueba realizada por el Tribunal *a quo* sin estar sujeto al principio de inmediación.

5.4 Recurso por infracción de Ley

Conforme al apartado segundo del art. 790 LECrim en el escrito de formalización del recurso «se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre (...) infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación».

El motivo debe referirse a infracción de normas sustantivas. La infracción de normas procesales debe articularse por medio del motivo referido a quebrantamiento de forma.

La infracción de Ley puede ser por aplicación indebida, aplicación errónea o por inaplicación de la norma.

Son normas sustantivas penales las comprendidas en el CP y en leyes penales especiales (art. 9 CP) en cuanto definen los delitos, y las que se refieren a acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, personas responsables, circunstancias que eximen de responsabilidad, la atenúan o agravan, ejecución del delito y grado de participación, las penas y reglas para su aplicación, así como la responsabilidad civil derivada del delito y las costas procesales.

Esta vía permite denunciar la vulneración de normas de carácter sustantivo que, aun no siendo penales, han de tomarse en consideración a la hora de resolver un asunto penal. Los supuestos prácticos son frecuentes cuando se invocan normas sustantivas integradoras de tipos penales parcial o relativamente en blanco, o bien normas puramente civiles fundamentadoras de la acción civil derivada del delito para la exigencia de responsabilidades civiles directas o subsidiarias.

Debe recordarse que la utilización de esta vía exige el más escrupuloso respeto a los hechos que se han declarado probados.

Algunas Audiencias Provinciales han considerado necesario oír al encausado en la segunda instancia, cuando se trate de revocar una sentencia absolutoria sobre la base de una calificación jurídica distinta, sin afectación de los hechos probados (en este sentido se pronunció la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 17 de marzo de 2016).

La STC n.º 45/2011, de 11 de abril expresamente declara 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».

Este criterio es asumido por la STS n.º 4/2017, de 18 de enero con cita de otras muchas, al señalar que «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...». En el mismo sentido pueden citarse las SSTC n.º 143/2005, de 6 de junio y 2/2013, de 14 de enero.

Por tanto, cuando la impugnación se base en la infracción de un precepto penal sustantivo no será de aplicación lo dispuesto en el art. 792.2 LECrim, debiendo interesarse por los Sres. Fiscales la revocación de la absolución y el dictado por el propio Tribunal de apelación de sentencia condenatoria (o en su caso agravatoria).

Debe tenerse presente que tanto el Tribunal Supremo (STS n.º 421/2016, de 18 de mayo) como el Tribunal Constitucional (STC n.º 125/2017, de 13 de noviembre) han considerado que «la identificación de cuales sean los elementos subjetivos de cada delito puede corregirse en vía de recurso, incluido el de casación, si se basa precisamente en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de errores en la calificación jurídica».

La STS n.º 381/2017, de 25 de mayo expresamente admite dentro de la posibilidad de corrección de errores de subsunción la de rectificar «los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos».

Como también declara el TC «los tribunales penales, que tienen asignada la función de control de la corrección jurídica de las resolu-

ciones judiciales que se someten a su consideración en vía de recurso, pueden fundamentar su decisión discrepante modificando la valoración del tribunal de instancia sobre la necesidad y concurrencia de los elementos subjetivos del delito cuando tal revisión se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre los extremos expuestos, en un error de subsunción jurídica, cuya apreciación no precise revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos en el caso concreto» (STC n.º 125/2017, de 13 de noviembre).

Por tanto, existen supuestos en los que el Tribunal *ad quem* puede revocar el fallo absolutorio por error sobre la concurrencia de elementos subjetivos, dictando sentencia condenatoria, y sin necesidad de citar al acusado, cuando por no precisar una nueva valoración sobre la intención del mismo, se trate en realidad de supuestos de recursos por infracción de Ley. Las reseñadas sentencias citan, *ad exemplum*, tres casos:

1) Si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena.

2) Cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico, sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo.

3) Cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Para el TC «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia» (SSTC n.º 172/2016, de 17 de octubre; 88/2013, de 11 de abril).

Habrán supuestos en los que pueden plantearse dudas sobre si la discrepancia en cuanto a la vertiente subjetiva del caso es cuestión

estrictamente jurídica o implica una modificación en la valoración fáctica.

En estos supuestos, subsidiariamente y *ad cautelam*, además de articular el recurso por infracción de Ley, los Sres. Fiscales recurrirán por error en la valoración de la prueba y/o infracción de precepto constitucional, interesando subsidiariamente que para el caso de que el Tribunal *ad quem* no se considere competente para dictar sentencia sobre el fondo por resultar afectados los hechos probados, se proceda a la anulación de la sentencia de instancia y, en su caso, a la nueva celebración del juicio ante el Tribunal *a quo*.

Consiguientemente, cuando lo que se pretenda sea modificar la vertiente subjetiva del comportamiento, con modificación de los hechos declarados probados, el motivo deberá articularse por la vía del error en la valoración de la prueba, y/o infracción de precepto constitucional y por ello, si lo que se pretende es revocar una sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, la pretensión habrá de ser la de declaración de nulidad para propiciar un nuevo enjuiciamiento.

Debe insistirse en que los arts. 790.2 y 792 LECrim vedan al Tribunal *ad quem* la posibilidad de modificar los hechos probados para condenar o agravar la condena, sin distinción en cuanto a si la prueba a valorar requiere o no inmediación y sin diferenciar si lo afectado es la vertiente objetiva o subjetiva de los hechos.

5.5 Recurso por quebrantamiento de forma o garantías

5.5.1 IDEAS GENERALES

El apartado segundo del art. 790 LECrim dispone que en el escrito de formalización del recurso se expondrán «las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales».

Habrà igualmente de incorporarse un razonamiento adecuado sobre el perjuicio efectivamente sufrido y deberá acreditarse que se pidió la subsanación de la infracción en la instancia, salvo que ésta se hubiera producido en un momento en el que no cabía la subsanación.

El recurso puede fundamentarse tanto en la violación de garantías constitucionales como en la infracción de cualquier disposición procesal.

Ya la Circular 1/1989, de 8 de marzo *sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre* declaraba al respecto que si el recurso se fundamenta «en infracciones procesales que determinen la nulidad por producir indefensión y no poder ser subsanadas en segunda instancia (doble condición para que

tal nulidad se declare) se citarán las normas legales y constitucionales que se consideren infringidas, las razones de la indefensión y el haberse pedido la subsanación de la falta, salvo que ésta se produjera en momento en el que fuera imposible la reclamación».

Existe una indudable relación entre este motivo de apelación y los arts. 850 y 851 LECrim, pese a que el art. 790 LECrim es abierto al no establecer un listado de motivos concretos en los que incardinar los vicios *in procedendo* e *in iudicando*. Por ello, los arts. 850 y 851 LECrim y la jurisprudencia emanada de su aplicación, será una valiosa pauta interpretativa para determinar supuestos en los que cabe el recurso de apelación.

5.5.2 VICIOS *IN PROCEDENDO*

Los denominados vicios *in procedendo*, precisan, para poder fundamentar la impugnación, la denuncia previa en la instancia y que hayan ocasionado indefensión. Cuando se han producido en la fase de instrucción en el procedimiento abreviado, deberá acreditarse que se han denunciado en el trámite de cuestiones previas y, si se han producido durante la sustanciación del juicio oral, habrán de haber sido denunciadas durante el mismo y deberán hacerse constar en el acta (STS n.º 544/2015, de 25 de septiembre).

Puede articularse cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

Al amparo de este motivo cabe alegar tanto la improcedente inadmisión (STS n.º 48/2014 de 27 de enero) como los supuestos de denegación de la suspensión del juicio ante la falta de práctica de la prueba anteriormente admitida (SSTS n.º 492/1998, de 30 de marzo, 897/1998, de 25 de junio, 1466/1998, de 25 de noviembre, 148/2000 de 8 de febrero o 1256/2001 de 27 de junio, entre otras).

Cuando se trate de prueba admitida e impracticada, será necesario solicitar la suspensión y tras la denegación, formular protesta. En estos casos, si la prueba impracticada es testifical, deberá solicitarse la consignación, siquiera de modo sucinto, de los extremos del interrogatorio a formular al testigo, a fin de que el Tribunal quede debidamente informado del contenido de la prueba y pueda evaluar la importancia de la misma para el esclarecimiento de las cuestiones debatidas.

En el escrito de interposición del recurso habrá de argumentarse la trascendencia que la inadmisión de la prueba pudo tener en la senten-

cia, ya que sólo si se comprobase que el fallo pudo ser otro cabe hablar de indefensión (SSTC n.º 158/1989 y 33/1992; SSTS n.º 274/2015 de 30 de abril; 515/2016 de 13 de junio y 250/2017 de 5 de abril entre otras).

También cabrá articular el recurso por este motivo cuando el Juez o Tribunal se niegue a que un testigo conteste a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa y los supuestos en que se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio.

En estos casos, para que pueda fundamentarse el recurso, es necesario que concurren los siguientes presupuestos: 1) negativa del Juez o Presidente del Tribunal a que algún testigo declare en el juicio o conteste a cualquier pregunta; 2) que la pregunta denegada sea de manifiesta influencia en la causa esto es, que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio; 3) que se haga la correspondiente protesta y que se consigne en el acta la pregunta o preguntas que se haya prohibido contestar. En el caso de que el Letrado de la Administración de Justicia no haya asistido a la vista del juicio oral, será suficiente con que la protesta haya sido grabada por los medios habilitados al efecto.

Debe recordarse que la pregunta es capciosa cuando en la forma en la que está planteada resulta engañosa, y tiende a confundir al testigo y a provocarle una respuesta. La pregunta es sugestiva cuando indica o provoca una respuesta determinada como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. No se pregunta sobre determinados hechos que se presentan como incontables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente descritos o expuestos sugiriendo una única respuesta racional, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener. La pregunta es impertinente cuando no se refería a la cuestión enjuiciada, quedando extramuros de la teleología del proceso y de lo que en él se persigue (SSTS n.º 77/2007, de 7 de febrero y 779/2012 de 22 de octubre, entre otras).

Aunque el art. 709 LECrim se refiere sólo a testigos, debe entenderse también aplicable a acusados (STS n.º 638/2000, de 14 de abril) y peritos (STS de 28 de septiembre de 1992, Rec. 848/1991).

Cabrá interponer apelación cuando se haya omitido la citación de alguna de las partes, a no ser que hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. Debe en este punto recordarse que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 25 de febrero de 2000 dispone que *el límite punitivo legalmente prevenido para el*

juicio en ausencia... se refiere a la pena solicitada en la calificación provisional acusatoria, que es aquella de la que ha sido informado el acusado, estimándose que constituye un fraude de ley eludir dicha limitación legal mediante la modificación inmediatamente anterior al juicio de la calificación acusatoria, sin conocimiento del ausente.

5.5.3 VICIOS *IN IUDICANDO*

Podrá articularse la apelación *cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados* (vid. para la casación art. 851.1 LECrim).

El motivo presupone un incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 248.3 LOPJ, cuando dispone que las sentencias se formularán expresando en párrafos separados y numerados (...) los hechos probados en su caso.

La STS n.º 826/1998, de 16 de junio explica con claridad el alcance de esta exigencia legal: «es de importancia básica que la narración de los hechos sea clara y comprensible, lo que no ocurre cuando se produce incomprensión entre lo que en realidad se dice y lo que se pretendió decir como resultado de la utilización de frases o expresiones que sean ininteligibles, empleo de juicios dubitativos, omisión de cuestiones sustanciales o por total carencia de supuestos fácticos, que provoquen un vacío en la descripción de los hechos que sean precisos por estar relacionados con las posteriores calificación jurídica y subsumción en el tipo normativamente definido».

Los Sres. Fiscales procurarán, en la medida de lo posible, corregir este tipo de defectos a través de la aclaración (art. 267 LOPJ y 161 LECrim). En la interposición del recurso habrán de designarse de manera precisa los párrafos u oraciones que carecen de significado claro y cómo inciden en la comprensión de lo que se declara probado.

También cabrá el recurso por incurrirse en contradicción en el hecho probado. Para que pueda prosperar este motivo deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, se trata de una contradicción en sentido propio, es decir, gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irrecusable y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.

b) Debe ser insubsanable, es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

c) Que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica.

d) Que sea completa, es decir que afecte a los hechos y a sus circunstancias.

e) La contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.

f) Que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida. (SSTS n.º 1538/2005, de 28 de diciembre; 884/2013, de 20 de noviembre y 340/2017, de 11 de mayo, entre otras).

Podrá igualmente articularse la apelación cuando se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Se trata de evitar la sustitución de un hecho o sucesión de hechos, elemento fáctico de la sentencia penal, por un concepto jurídico, lo que supone, ya de antemano, la valoración penal del comportamiento, de modo que «tiene lugar cuando el Tribunal de instancia ha adelantado en los hechos probados la subsunción, de tal manera que el Tribunal (...) no puede conocer el hecho imputado como tal, sino sólo a través de su significación jurídica» (ATS n.º 1446/2013, de 6 de junio).

Este vicio procedimental exige para su estimación: a) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) Que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) Que tengan valor causal respecto al fallo, y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna (SSTS n.º 753/2007 de 2 de octubre, 957/2007, de 28 de noviembre).

Debe en este punto recordarse que la misma filosofía que inspira este motivo, que trata de evitar la confusión entre *iudicium* y *factum* y de promover el deslinde claro entre los hechos y su valoración jurídica es *–mutatis mutandis–* aplicable a los escritos de acusación, que en la conclusión primera deben limitarse a recoger los hechos que se imputan al acusado, posibilitando su defensa en plenitud.

Existe una copiosa jurisprudencia sobre expresiones que deben considerarse predeterminantes y expresiones que no merecen tal consideración.

En todo caso, no está de más recordar la advertencia –también trasladable al escrito de acusación– contenida en la STS de 23 de mayo de 1987: «se incide en empleo de conceptos jurídicos cuando, los juzgadores (...), haciendo gala de singular pobreza terminológica, usan las mismas palabras o términos de los que, el legislador, se ha valido para definir y sancionar el hecho punible, especialmente si se trata de vocablos normativos y no descriptivos (...)».

Jurisprudencialmente se ha negado la concurrencia de predeterminación por utilizarse conceptos de Derecho Civil o de otras ramas del ordenamiento ajenas al Derecho Penal. La STS n.º 560/1992, de 13 de marzo da ejemplos: «prestamista», «aceptante», «cambial», «arrendamiento», «guía y licencia» (en el mismo sentido, STS n.º 407/2013, de 23 de abril).

Asimismo, se hace preciso distinguir en el relato fáctico de la sentencia «entre hechos y «juicios de valor», por cuanto el defecto (...) viene referido a los hechos, cuando los mismos aparecen suplantados por conceptos jurídicos, nunca a los juicios valorativos o axiológicos» (SSTS n.º 152/1998, de 9 de febrero y 1017/2012, de 28 de diciembre).

Las expresiones «a sabiendas», «intencionadamente», «con conocimiento de», «con ánimo de», en tanto *sintetizan la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, pueden utilizarse legítimamente dentro del capítulo fáctico para dar mayor expresividad al relato siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado tal elemento* (SSTS n.º 964/2004, de 16 de julio; 824/2005, de 24 de junio; 821/2006, de 5 de julio; 619/2007, de 29 de junio y 886/2014, de 23 de diciembre, entre otras).

La utilización de palabras de uso coloquial y fácilmente comprensible, incluso sin conocimientos jurídicos, no supone predeterminación del fallo, como por ejemplo «amenazas» (SSTS n.º 521/1997, de 17 de abril, 401/2006, de 10 de abril, 1229/2011, de 16 de noviembre, 368/2015, de 18 de junio y 919/2016, de 7 de diciembre, entre otras).

Expresiones como «fingir solvencia económica, utilizar maniobras de rapiña económica y engañosa, actuar con ánimo de obtener beneficio económico, constituir empresas con intención de eludir responsabilidades civiles, forman parte del lenguaje coloquial, y no son sino acciones meramente descriptivas del actuar del agente, no están incorporadas al tipo de apropiación indebida, y en suma, no predeterminan nada, sino que exponen el ilícito actual del acusado recurrente»

(SSTS n.º 1077/2007, de 13 de diciembre, 407/2013, de 23 de abril y 67/2014, de 28 de enero).

Para la STS n.º 464/2012, de 4 de junio «El defecto de predeterminación del fallo tiene un significado instrumental y ha de ser valorado en su funcionalidad. No puede llevar a encorsetar la redacción en la falsa idea de que cualquier palabra utilizada por el Código Penal ha quedado confiscada y no puede aparecer en unos hechos probados».

Conforme a la STS n.º 703/2016, de 14 de septiembre si por conveniencia literaria o comodidad narrativa se consignan nociones penales técnicas, el defecto no será tal si en el contexto o en otros apartados del «factum» se aclara a qué se está refiriendo concretamente el Tribunal con esa expresión.

Continúa la citada sentencia declarando que «no es predeterminación del fallo hablar de «objeto de propiedad ajena» en la medida en que cualquiera –sea un experto jurista o carezca del más elemental conocimiento jurídico– sabe interpretar tal locución. Como tampoco lo es reflejar la intención de los recurrentes: obtener un beneficio económico, v. gr. Interpretar de otra forma este vicio casacional supondría secuestrar el lenguaje e imposibilitar una redacción factual que por definición nunca puede ser aséptica. El sentido vulgar de esas expresiones coincide con el que se les confiere en un texto jurídico.

Especifica así el Tribunal Supremo que «No debe anticiparse en los hechos probados la subsunción jurídico-penal con el *nomen iuris* de la infracción o con otros conceptos técnicos cuya concurrencia ha de analizarse en el plano de la argumentación penal –contrastando la categoría jurídica con el hecho probado (juicio jurídico)–, y no en el nivel previo de la valoración probatoria (juicio histórico). Obviamente el relato se confecciona con el claro y preexistente –¡predeterminado!– objetivo de valorar penalmente la acción: en ese sentido lo que dicen los hechos probados condiciona fatalmente el fallo. No puede ser de otra forma. Lo que se prohíbe es el uso de conceptos estrictamente jurídicos, con un significado técnico no homologable al vulgar, que permitiría soslayar la argumentación jurídica sostén de la subsunción penal y, al mismo tiempo, burlaría las posibilidades de control casacional. Si en los hechos probados se proclama que «se produjo un apoderamiento con fuerza en las cosas», y la Sala de casación ha de respetar el *factum*, devendría imposible testar la corrección jurídica de esa calificación penal, que no hecho. En los hechos probados han de recogerse sucesos, acciones, descripciones y no conceptos penales».

Puede también recurrirse cuando la sentencia no resuelva todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa (vid. para la casación art. 851.3 LECrim).

Para la viabilidad de este motivo, como luego se dirá, exige la jurisprudencia que se haya formulado previamente recurso de aclaración para tratar de subsanar el vicio de incongruencia.

Es doctrina consolidada respecto del vicio de incongruencia omisiva que deberá apreciarse cuando el Tribunal sentenciador haya dejado de pronunciarse sobre alguna cuestión jurídica o pretensión de carácter sustantivo que haya sido deducida en tiempo y forma hábiles por alguna de las partes del proceso. El defecto procesal de la incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (SSTS n.º 161/2004, de 9 de febrero, 148/2014, de 25 de febrero y 660/2017, de 6 de octubre).

Los requisitos para que pueda prosperar este motivo serían los siguientes:

1) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica.

b) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC n.º 169/1994, de 6 de junio y 143/1995, de 3 de octubre), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

3) Que, aun existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (STS n.º 24/2007, de 25 de enero).

La doctrina de la desestimación implícita debe aplicarse con absoluta cautela, aunque, no obstante «aparece jurisprudencialmente como

posible..., en todos aquellos supuestos en que exista un específico pronunciamiento resolutorio de cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la cuestión omitida o excluyente de ésta» (SSTS n.º 417/1998, de 24 de marzo, n.º 861/1994, de 27 de abril).

La cuestión debe haberse planteado en conclusiones definitivas. Si se trata de una cuestión que se planteó en instrucción pero que no llegó a incorporarse al escrito de conclusiones no podrá fundamentar el motivo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 737 LECrim, los informes orales de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente hayan formulado, y es a dichas conclusiones a las que debe dar respuesta motivada la sentencia impugnada, y no a cualquier supuesta alegación verbal, formulada extemporáneamente, ajena a las conclusiones y sin constancia en las actuaciones. El objeto definitivo del debate queda concretado de modo inexorable en la calificación definitiva (SSTS n.º 408/1999, de 15 de marzo y 1282/1999, de 15 de septiembre).

En todo caso, los Sres. Fiscales intentarán previamente la subsanación cuando sea factible conforme a lo dispuesto en los arts. 161 LECrim y 267 LOPJ, que no solamente permiten la rectificación de los errores meramente materiales, manifiestos y aritméticos, sino también la de aclarar algún concepto oscuro y suplir omisiones.

De hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a configurar en estos casos el agotamiento previo de la aclaración como exigencia para poder articular el motivo equivalente de casación (SSTS n.º 1073/2010 de 25 de noviembre; 569/2011, de 27 de mayo; y 1300/2011, de 2 de diciembre).

5.5.4 APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL

El recurso de casación por infracción de precepto constitucional se introdujo con la LOPJ, a través de su art. 5.4. Este precepto también irradia sus efectos a la apelación. A la hora de adoptar una decisión sobre la interposición de un recurso de apelación por infracción de precepto constitucional debe tenerse presente que «no toda irregularidad procesal puede alcanzar relevancia constitucional por esa vía, pues en caso contrario, se habría constitucionalizado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y esta Sala ya ha descartado esta posibilidad con reiteración» (STS n.º 1076/2006, de 27 de octubre).

Este motivo concurrirá habitualmente con el de quebrantamiento de forma o garantías o con el de error en la valoración de la prueba. En estos casos habrá de hacerse mención a ambos motivos.

Conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 1997 «las vulneraciones de derechos constitucionales deberán alegarse previamente ante el Tribunal juzgador, para que puedan luego esgrimirse como motivo de casación, por la vía del art. 5.4 de la LOPJ».

El Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS, de 27 de febrero de 1998 ha admitido que el Fiscal puede recurrir en casación, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de los derechos constitucionales que le corresponden como parte en el proceso. Esta pauta debe entenderse trasladable al recurso de apelación.

Debe considerarse legitimado al Ministerio Público para denunciar la vulneración de la tutela judicial efectiva, cuando no se tengan en cuenta por el Tribunal sentenciador pruebas pertinentes y de cargo esgrimidas por dicha parte. Tal legitimación ha sido reconocida en las SSTC n.º 65/1983 y 99/1989 y en las SSTS n.º 79/1998 de 22 de enero, 38/1998, de 11 de marzo, 1259/1998, de 27 de octubre, 1779/2000, de 20 de noviembre, 530/2003, 5 de septiembre y 536/2005, de 28 de abril.

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, el TC y el TS han declarado que «tan solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento» (vid. SSTC n.º 256/2000, de 30 de octubre; 81/2001, de 26 de marzo; 214/2007, de 8 de octubre, 38/2011, de 28 de marzo).

Pese a las dudas suscitadas por esta cuestión, debe mantenerse la legitimación del Fiscal para recurrir en apelación sentencias que, aun siendo conformes con sus pretensiones procesales, incurren en violación de derechos fundamentales, ya que este tipo de resoluciones son sólo aparentemente conformes, pues cuando el Ministerio Público promueve una condena, siempre debe entenderse que lo hace dentro de los límites impuestos por las exigencias constitucionales. La legitimación del Ministerio Fiscal tiene su origen en su configuración constitucional como defensor de la legalidad y no sólo en su cualidad procesal de parte y ello justifica la posibilidad de recurrir sentencias aun cuando la parte dispositiva de las mismas sea conforme con el

petitum del Fiscal. Esta impugnación singular podrá encauzarse mediante apelación adhesiva.

5.5.5 EFECTOS DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN

En el escrito de interposición por quebrantamiento de forma o garantías los Sres. Fiscales habrán de precisar su pretensión. Si es posible, deberá interesarse la subsanación de la infracción en segunda instancia. Si no es posible, habrá de postularse la anulación de la sentencia, reponiendo las actuaciones al momento en que se produjo el quebrantamiento de forma sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida (art. 792.3 LECrim).

6. OTRAS CUESTIONES

6.1 **Resoluciones de las Audiencias Provinciales susceptibles de apelación**

Dispone el nuevo art. 846 ter LECrim que «los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia».

Será posible por tanto apelar todos los autos de sobreseimiento libre dictados por las Audiencias, cualquiera que sea el motivo del art. 637 LECrim en que se funden.

También habrá de entenderse susceptible de apelación ante el TSJ el auto de la Audiencia Provincial acordando el archivo de la causa por considerar que España carece de jurisdicción conforme al art. 23 LOPJ, respecto a hechos cometidos en el extranjero (SSTS n.º 592/2014, de 23 julio, 327/2003, de 25 de febrero, 712/2003, de 20 de mayo y 319/2004, de 8 de marzo).

Los autos de sobreseimiento libre o provisional dictados por el Juzgado de Instrucción serán apelables ante la Audiencia Provincial.

Siguiendo una exégesis lógica y sistemática, cabrá recurrir en apelación resoluciones de la Audiencia Provincial que siendo materialmente de sobreseimiento libre, asuman otras denominaciones.

Es por ello que debe defenderse la recurribilidad de los autos resolutorios en sentido estimativo de artículos de previo pronunciamiento. Distinto será el tratamiento del auto que rechaza el artículo de previo pronunciamiento, pues en este caso el recurso contra la sentencia dará a quien se considere agraviado plenas posibilidades de defensa.

Conforme al art. 676 LECrim, no afectado por la reforma:

«Si el Tribunal no estimare suficientemente justificada la declinatoria, declarará no haber lugar a ella, confirmando su competencia para conocer del delito.

Si no estima justificada cualquiera otra, declarará simplemente no haber lugar a su admisión, mandando en consecuencia continuar la causa según su estado.

Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2.^a, 3.^a y 4.^a del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime, no se da recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678».

Sólo cabrá apelación cuando se resuelve en el sentido pretendido por quien promovió la cuestión, pero no cuando se desestima. Cuando la cuestión que se promueve es la declinatoria, cabrá recurrir en apelación tanto cuando se estima como cuando se desestima. El fundamento de esta ampliación es el interés de zanjar, con carácter previo al juicio oral, el debate en torno a la competencia. En relación con la casación, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 19 de diciembre de 2013 ya resolvió en tal sentido: «los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión».

Por aplicación del nuevo el art. 803 ter a) LECrim también habrá de considerarse admisible la apelación frente a la decisión por la que se rechaza la intervención en el proceso de un tercero afectado por el decomiso.

Aplicando criterios lógicos y sistemáticos habrá igualmente de admitirse la apelación frente a autos dictados por la Audiencia Provincial sobre materias que podrían haber sido resueltas en la sentencia. Este será el caso del auto que resuelve sobre la suspensión de condena (art. 82 CP) y del auto que acuerda en fase de ejecución la expulsión sustitutiva de la pena (art. 89.3 CP). Otra interpretación llevaría a la consecuencia absurda de que tales decisiones serían o no apelables en función del momento procesal en el que se adoptaran.

El auto que cuantifica en ejecución de sentencia la responsabilidad civil conforme al art. 794 LECrim también debe entenderse susceptible de apelación, teniendo en cuenta que decide cuestiones propias de la sentencia y a la vista de la doctrina sentada, en relación con el recurso de casación, en las SSTS n.º 1012/2007, de 4 de diciembre, 547/2012, de 27 de junio y 597/2016, de 6 de julio.

Habrán de entenderse igualmente susceptibles de apelación los autos dictados decidiendo si procede o no la revisión ante cambios en la legislación penal, (argumento conforme a los criterios sentados por las Circulares 2/1996 y 3/2010; SSTS n.º 77/1995, de 25 de enero de 1996 y 626/1995, de 5 de mayo). Una exégesis lógica impone la conclusión de que los autos de revisión de una condena penal por la promulgación de una Ley más favorable tengan el régimen de recursos propio de la sentencia revisada.

Los autos de acumulación de condenas, conforme al inciso final del párrafo tercero del art. 988 LECrim, son susceptibles de casación. Cabe casación tanto cuando el auto de acumulación lo dicta un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado (vid. SSTS n.º 1932/1994, de 2 de noviembre, 2206/1994, de 20 de diciembre 2279/1994, de 27 de diciembre). Debe entenderse que la reforma de 2015 no ha alterado este esquema y, por tanto, el auto de acumulación de condenas dictado por la Audiencia Provincial será susceptible de casación y no será susceptible de apelación ante el TSJ.

Los autos dictados por las Audiencias Provinciales pronunciándose sobre el abono de la prisión preventiva sufrido en la causa son susceptibles de casación (vid. art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 y SSTS 926/1999, de 4 de junio y 501/2001, de 22 de marzo). Tras la reforma de 2015 estos autos serán susceptibles de apelación ante el TSJ, cabiendo frente a la resolución del TSJ el recurso de casación.

Los autos dictados por el Juez de Vigilancia sobre los abonos de prisión provisional sufrida en causa distinta se rigen en cuanto a los recursos por la disposición adicional quinta LOPJ.

6.2 Celebración de vista

En este punto no hay novedades. Regula la cuestión el apartado primero del art. 791 LECrim que prevé la celebración de vista en dos supuestos: 1) si se admite la prueba propuesta y 2) cuando aun no practicándose prueba, el Tribunal de oficio o a petición de parte, considere necesaria la vista para la correcta formación de una convicción fundada.

La Circular 1/1989 ya declaraba al respecto que «al no ser necesaria la personación de las partes ante el órgano *ad quem*, éste deberá citarlas expresamente para la Vista. Naturalmente, en todo caso, las partes podrán indicar en sus escritos que consideran precisa la celebración de Vista, pero tal petición no vincula al Tribunal ni éste tiene que resolver expresamente sobre la denegación, al ser la no celebración de Vista la regla general».

6.3 Visualización de la grabación

Tanto el TEDH (STEDH de 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda contra España) como el TC (SSTC n.º 105/2016, de 6 de junio; 105/2014, de 23 de junio; 2/2010, de 11 de enero y 120/2009, de 18 de mayo) han declarado que la visualización de la grabación durante el procedimiento de apelación en ningún caso permite al tribunal de apelación realizar una nueva valoración de los hechos que dé lugar a una agravación de la condena, al no respetarse las exigencias de inmediación y contradicción.

La LECrim prevé que las partes, en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, puedan solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones (art. 790.1 LECrim) y que se proponga y se practique la reproducción de las grabaciones sobre la prueba practicada (art. 791.2 LECrim).

A través de esta vía podrá tratar de acreditarse alguna infracción procesal, o un error en la valoración de la prueba a fin de que el Tribunal *ad quem* dicte una sentencia absolutoria o reduzca la gravedad de la condena. Cuando se pretenda la revocación de la absolución o la agravación de la condena podrá igualmente por esta vía tratar de acreditarse el quebrantamiento del canon de razonabilidad en la valoración de la prueba o el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia, pero aún en este caso la pretensión procesal habrá de ser la de declaración de nulidad total o parcial de la sentencia recurrida.

6.4 Tratamiento de la prueba practicada en segunda instancia

En el ordenamiento procesal español nunca se ha seguido la apelación como *novum iudicium*, como repetición íntegra del juicio. Siempre se ha aplicado el sistema de la *revisio prioris instantiae*, lo que supone que solamente se practica prueba en supuestos tasados.

Tras la reforma de 2015 la segunda instancia sigue sin ser un nuevo juicio. La posibilidad de práctica de prueba continúa siendo

muy limitada. No se han producido novedades en este punto. Conforme al apartado tercero del art. 790 LECrim «en el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables».

Cuando se introduce nueva prueba en la segunda instancia, la labor del órgano de apelación se extiende a dos juicios. El primero es de admisibilidad (es decir, si procede practicar la prueba que fue indebidamente inadmitida en la instancia o tenía que haberse practicado – bien sea por omisión o por imposibilidad-) y el segundo es de relevancia (es decir, una vez practicada en segunda instancia, ha de valorarse si habría podido tener incidencia en la decisión del asunto).

Conforme al art. 790.3 LECrim, siguiendo la lógica del sistema, el Tribunal de apelación no puede revocar la absolución ni agravar la responsabilidad, en tanto le está vedado valorar la prueba realizada en la instancia o el mayor valor de unas pruebas respecto de otras. Por ello, el Tribunal *ad quem*, ponderando el valor y trascendencia de la nueva prueba practicada ante sí, podrá absolver o reducir la responsabilidad y podrá anular la sentencia y remitirla al órgano de enjuiciamiento de instancia, ordenando la repetición del juicio.

En estos casos, para que la prueba practicada en segunda instancia pueda ser valorada por el órgano jurisdiccional *a quo*, habrá de ser practicada de nuevo ante el mismo, dado que regirá el mismo canon respecto de los principios de inmediación y contradicción que se exige en la segunda instancia.

6.5 Cómputo de los plazos para recurrir en apelación

Conforme al art. 790.1 inciso segundo LECrim «el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia». Si no se notifica a todas las partes el mismo día, habrá de entenderse que el *dies a quo* para todos será aquel en el que se realiza la última notificación (vid. para la apelación del jurado el art. 846 bis b y art. 212 LECrim y STC n.º 88/1997, de 5 de mayo).

Debe tenerse presente el art. 267 LOPJ en su apartado noveno, en el que se dispone que los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su

aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla.

Igualmente hay que tener en cuenta la opción ofrecida por el Legislador en el propio art. 790.1, primer párrafo LECrim, para solicitar «copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones» del juicio oral. En estos casos, la solicitud de copia habrá de formularse en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia. La mera solicitud suspende el plazo de interposición del recurso de apelación, que «se reanuda una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas». Por lo tanto, en estos casos el plazo de interposición del recurso no se reinicia desde el principio, sino que se reanuda, debiendo descontarse el tiempo ya transcurrido antes de la petición de las copias de las grabaciones.

A efectos de notificaciones, citaciones y emplazamientos, el art. 166 LECrim se remite a lo dispuesto en la LEC, en su detallada regulación recogida en el Capítulo V del Título V del Libro I. Esto determina que, como regla general, una vez implantado efectivamente el sistema, los actos de comunicación con el Ministerio Fiscal habrán de ser realizados de forma telemática (art. 152.3, regla 4.^a LEC). Del mismo modo, será de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo del art. 151 LEC, cuando señala que «Los actos de comunicación al Ministerio Fiscal (...), se tendrán por realizados el día siguiente hábil a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el artículo 162. Cuando el acto de comunicación fuera remitido con posterioridad a las 15:00 horas, se tendrá por recibido al día siguiente hábil». Esta previsión ha de ser complementada con lo dispuesto en el apartado tercero del mismo art. 151 LEC, según el cual: «Cuando la entrega de algún documento o despacho que deba acompañarse al acto de comunicación tenga lugar en fecha posterior a la recepción del acto de comunicación, éste se tendrá por realizado cuando conste efectuada la entrega del documento, siempre que los efectos derivados de la comunicación estén vinculados al documento».

En este punto debe recordarse la ampliación de diez días naturales en el cómputo del plazo para presentación de escritos, en el caso de notificaciones telemáticas, según la DT 4 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, recientemente prorrogada hasta el 1 de enero de 2020 por Ley 12/2017, de 28 de diciembre. Por lo tanto, en estos casos el

plazo de los diez días hábiles para la interposición del recurso se empezará a computar desde el undécimo día natural siguiente a la fecha en que deba entenderse realizada la notificación.

En los casos en que no exista disponibilidad de sistemas de notificación telemática, o en los supuestos en que el acto de notificación telemática «vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico» (art. 152.2. párrafo segundo LEC), la notificación al Ministerio Fiscal será realizada a través de correo electrónico o de forma presencial mediante entrega de copia de la resolución, lo que normalmente dependerá de que el órgano judicial se encuentre o no en la misma localidad que la sede de la Fiscalía. En estos casos serán de aplicación las reglas previstas en los arts. 160 y 161 LEC. De esta forma, el acto de comunicación con el Ministerio Fiscal se entenderá realizado desde que conste la recepción en la sede de la Fiscalía, aunque este acto sea llevado a cabo por el personal auxiliar. Se trata de un criterio que ya se indicaba en la Consulta 3/1994, de 29 de noviembre, *sobre las notificaciones por correo al Ministerio Fiscal* –cuya vigencia fue reiterada por la Circular 1/2001 (apartado III) y las Instrucciones 2/2000, 1/2003 (apartado V.1) y 2/2004 (apartado III).

En todo caso, es aplicable al proceso penal la regla que permite presentar escritos hasta las 15 horas del día siguiente al último del plazo, de acuerdo con la previsión del art. 135.5 LEC y conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de enero de 2003.

A efectos de interpretar estos preceptos conforme al canon de constitucionalidad, debe recordarse que el TC ha reiterado la vigencia del principio *pro actione*, que si bien no implica, a pesar de su ambigua denominación «la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan» (STC n.º 88/1997, f. j. 2.º), sí que impone la «interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (SSTC n.º 184/1997, de 28 de octubre; 88/1997).

6.6 Apelación adhesiva

El art. 790.1 párrafo segundo dispone: «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».

Tras la redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de *reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*, se incorpora a la LECrim un recurso de adhesión autónomo supeditado.

En efecto, por medio de esta vía, quien la utiliza puede dar cauce a pretensiones diferentes o de sentido opuesto a las introducidas en el recurso principal, pues el precepto hace referencia a que pueden ejercitarse las pretensiones y alegar los motivos «que a su derecho convengan», pero en todo caso su eficacia queda supeditada a que «el apelante mantenga el suyo».

El propio precepto prevé que «las demás partes podrán impugnar la adhesión, en el plazo de dos días, una vez conferido el traslado previsto en el apartado 6». Esta previsión y su respeto es fundamental para preservar el principio de igualdad de armas y de contradicción.

La introducción de una nueva pretensión mediante la adhesión neutraliza el principio de prohibición de *reformatio in peius*. En efecto, la presentación por una parte acusadora de un recurso supeditado al de la defensa solicitando una pena más grave tiene las mismas consecuencias, en lo que afecta a este principio, que si se tratara de un recurso principal no supeditado.

La STS n.º 179/2016, de 3 de marzo, especifica: «La pretensión adhesiva pueden ser convergente o divergente; o incluso contrapuesta a los intereses del recurrente principal. Puede ir más lejos de la impugnación inicial (...) En teoría nada debiera modular la institución de la adhesión el hecho de que juegue contra el reo o en favor suyo. Algunos, no obstante, entienden que cuando se vuelve contra la defensa se impone mayor rigor.

Algunas adhesiones suponen un solapamiento con el recurso principal (apoyos); otras, representan un auténtico contrarrecurso (pretensiones nuevas que perjudican al recurrente principal); finalmente podríamos calificar como ultrarrecurso el formato de adhesión que tenemos aquí: se va más lejos que el recurrente principal, aunque secundando sus intereses. Son posibles también (...) adhesiones preventivas, es decir aquellas que se realizan pensando en una eventual estimación del recurso principal».

6.7 Recurso de apelación y prisión provisional

Si es recurrida una sentencia condenatoria, el plazo máximo de prisión provisional podrá prolongarse hasta la mitad de la condena impuesta, conforme al art. 504.2 LECrim.

Al respecto, es necesario hacer hincapié en algunas pautas acuñadas por la doctrina del TC:

La prórroga del tiempo de prisión hasta ese tope máximo representado por la mitad de la condena no será automática con el pronunciamiento de la sentencia. No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del art. 504.2 LECrim y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (SSTC n.º 50/2009, de 23 de septiembre, 99/2005, de 18 de abril, 27/2008, de 11 de febrero).

Los fundamentos que son suficientes para efectuar una condena penal no pueden considerarse bastantes, mientras aquella está recurrida, para que la prolongación de la prisión provisional pueda ponderarse como constitucionalmente legítima (SSTC n.º 22/2004, de 23 de febrero, 333/2006, de 20 de noviembre). Si bien la sentencia condenatoria puede añadir solidez a la consideración de la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un delito por una persona, es decir, consolida la imputación de un delito a persona determinada, que es el presupuesto habilitante para la adopción de la prisión provisional no puede desconocerse que, mientras el recurso contra la sentencia condenatoria no se haya resuelto, dicho pronunciamiento sobre la culpabilidad del procesado sigue siendo provisional, de modo que, precisamente por ello, para que el provisionalmente condenado pueda seguir estando en prisión una vez ha expirado el plazo inicial, es preciso adoptar una decisión judicial específica que debe ponderar la garantía de la libertad personal frente a la necesidad del mantenimiento de la situación de prisión provisional para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima: evitar la reiteración delictiva o alcanzar la realización de la justicia penal (STC n.º 27/2008, de 11 de febrero).

En cuanto a si es o no necesario la celebración de comparecencia para la adopción de la prórroga, en estos supuestos, para el TC no se aprecia «que se haya producido la vulneración del derecho a la libertad personal que el recurrente sustenta en que la prórroga se acordó sin la comparecencia previa exigida por la Ley de enjuiciamiento cri-

minimal, pues no puede afirmarse la relevancia constitucional de la omisión de la audiencia en estos casos en los que la prórroga se adopta tras haberse dictado Sentencia condenatoria y en los que el sometido a prisión ha alegado de forma efectiva lo que ha estimado pertinente en defensa de sus derechos a través del recurso de súplica» (SSTC n.º 22/2004, de 23 de febrero, 50/2009, de 23 de septiembre).

Los Sres. Fiscales, cuando interpongan o contesten un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria en una causa en la que esté acordada la medida cautelar de prisión provisional deberán informar por Otrosí sobre las razones para mantenerla, prolongarla o, en su caso, para dejarla sin efecto.

En los casos de anulación de una sentencia condenatoria recurrida y retroacción de las actuaciones renace el inicial plazo máximo de prisión preventiva, no operando ya el plazo determinado por la sentencia condenatoria anulada (STC n.º 304/2000, de 11 de diciembre).

Cuando la sentencia es absolutoria por concurrencia de eximente de enajenación mental, no cabe prorrogar la situación de prisión provisional durante la pendencia del recurso, aunque se haya impuesto una medida de seguridad de internamiento. La medida cautelar de prisión provisional prorrogada que establece el art. 504.2 último párrafo LECrim no proporciona cobertura legal al internamiento cautelar que la Audiencia Provincial había decidido aplicar hasta tanto fuera resuelto el recurso de casación y hasta que la medida seguridad privativa de libertad impuesta en la sentencia hubiere alcanzado firmeza. Lo que no obsta a la aplicación, en su caso, de otras previsiones contempladas en el ordenamiento procesal que habiliten al órgano judicial para adoptar una medida de internamiento cautelar y no voluntario de una persona por razón de su trastorno psíquico, como la previsión recogida en el art. 763.1 de la LEC (STC n.º 217/2015, de 22 de octubre).

La ausencia de previsión legal de medidas de seguridad cautelares, en particular de las privativas de libertad, origina evidentes problemas prácticos. Su regulación no es infrecuente en los países europeos (por ejemplo, el art. 206 *Codice Penale* italiano o § 126a *Strafprozeßordnung* alemana). La Fiscalía General del Estado, en este sentido, ya emitió una propuesta de reforma legislativa en la Memoria publicada en el año 2001 (páginas 464 a 466).

Debe en este punto recordarse que para el proceso penal de menores sí está prevista la medida cautelar de internamiento terapéutico (vid. Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre *criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* y Circular 3/2013, de 13 de marzo, sobre *criterios de aplicación de las*

medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil).

Conforme al art 983 LECrim *todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado.*

Tras la sentencia absolutoria, aun no siendo firme, se desvanecen los fundamentos de la prisión provisional, pues desaparece el *fumus boni iuris*. No existe un título para ejecutar y se debilita profundamente uno de los presupuestos básicos para la aplicación de las medidas cautelares privativas de libertad.

Debe indeclinablemente procederse a la inmediata puesta en libertad del así privado de ella. Ello debe entenderse sin perjuicio de que el absuelto se mantenga en privación de libertad si estuviere cumpliendo una pena o si estuviere preso preventivo por otra causa distinta.

No es de aplicación el inciso relativo a que quede sin efecto la excarcelación por el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos. Este tipo de recursos ya no existe en nuestro ordenamiento procesal. La reforma operada por LO 4/1988, de 25 de mayo introdujo la regla de que en causas por delitos de terrorismo el recurso del Fiscal contra el auto de libertad dejaría éste en suspenso por un período máximo de un mes, previsión que fue declarada inconstitucional por STC n.º 71/1994.

6.8 Motivación

Debe finalmente recordarse la necesidad de que los Sres. Fiscales sean particularmente minuciosos en la motivación, tanto en sus escritos de interposición como en las contestaciones a los recursos de apelación. En este sentido, recuerda la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*, que es conveniente «dar en la contestación respuesta individualizada a todos los motivos que se articulen de forma razonada en el recurso», lo que hace «inviabile utilizar en estos supuestos modelos impresos estandarizados».

Ya la Circular 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre* declaró al respecto que «esta insistencia en el principio de escritura debe obligar a los señores Fiscales a revisar sus criterios internos sobre el despacho de los recursos de apelación, pues ya no podrán darse por instruidos reservando la exposición de su postura y argu-

mentos para el acto de la Vista, sino que sus escritos, tanto interponiendo el recurso de apelación como oponiéndose o adhiriéndose a los interpuestos por las partes, deberán ser fundados y recoger todos los argumentos en que basen su postura, tal como los expondrían en otro caso en la Vista oral».

7. CLÁUSULA GENERAL REFERIDA A LAS FISCALÍAS DE AREA

Las referencias a las Fiscalías Provinciales y a los Fiscales Jefes Provinciales contenidas en esta Circular se deben entender aplicables a las Fiscalías de Área y a los Fiscales Jefes de Área, siempre que cuenten en su respectivo ámbito territorial competencial con Secciones desplazadas de sus correspondientes Audiencias Provinciales (art. 18.4 EOMF).

8. EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

El art. 41 de la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), dispone en su apartado primero:

«Contra la sentencia dictada por el Juez de Menores en el procedimiento regulado en esta Ley cabe recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, que se interpondrá ante el Juez que dictó aquélla en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, y se resolverá previa celebración de vista pública, salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima, el Juez acuerde que se celebre a puerta cerrada. A la vista deberán asistir las partes y, si el Tribunal lo considera oportuno, el representante del equipo técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que hayan intervenido en el caso concreto. El recurrente podrá solicitar del Tribunal la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

La Disposición Final Primera LORPM establece que tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

Consiguientemente, el recurso de apelación en la jurisdicción de menores se regirá por las disposiciones previstas en los arts. 790 a 792 LECrim, con las especialidades establecidas en el art. 41 LORPM.

Ya tuvo ocasión de pronunciarse la Fiscalía General del Estado sobre las novedades en el recurso de apelación contra sentencias absolutorias en la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* estableciendo al respecto que «los Sres. Fiscales habrán de tener muy presente, a la hora de recurrir pronunciamientos absolutorios de los Juzgados de Menores, la doctrina sentada por el TC en sus –entre otras– SSTC n.º 167/2002, 75/2004, 94/2004, 128/2004, 14/2005, 105/2005, 272/2005, 74/2006, 347/2006 y 29/2007, en cuanto a la necesidad de respetar los principios de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas personales, con la consiguiente limitación en la interposición de recursos por fallos absolutorios».

Baste ahora decir que las pautas que se imparten en el presente documento son aplicables, *mutatis mutandis*, al proceso penal de menores.

9. REFERENCIA AL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Esta nueva vía impugnativa, introducida por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, abre la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Esta nueva opción se orienta a abrir la función unificadora de doctrina a todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves.

Sus principales características, siguiendo la doctrina sentada por el propio TS serían las siguientes:

1) Es una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva), orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal.

2) El art. 847 1.º letra b) LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo

podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2.º, 850, 851 y 852.

3) Los recursos por el art. 849 1.º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

4) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

5) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2.º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos de la citada Ley en los siguientes supuestos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

6) La providencia de inadmisión es irrecurrible. (Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016; SSTTS n.º 210/2017, de 26 de marzo y 794/2017, de 11 de diciembre).

10. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de las Circulares anteriores.

11. CONCLUSIONES

1.ª Las incidencias que puedan surgir durante la sustanciación del recurso de apelación ante el TSJ deberán ser atendidas por la Fis-

calía de la Comunidad Autónoma, que podrá recabar de la Fiscalía Provincial o de Área los antecedentes que precise.

2.^a Debe entenderse que durante la sustanciación del recurso de apelación es más coherente con el efecto devolutivo y con el control efectivo de la situación de los presos que la pieza y sus incidencias se remita al Tribunal *ad quem*. Este debe ser el criterio a defender por los Sres. Fiscales.

No obstante, siendo previsible que en algunas Comunidades los TSJ no asuman esta interpretación, los Sres. Fiscales Superiores adoptarán las disposiciones oportunas atendido el criterio consolidado por los órganos jurisdiccionales de la respectiva Comunidad Autónoma.

En los territorios en los que la pieza separada de situación personal permanezca en la Audiencia Provincial será lógicamente la Fiscalía Provincial o de Área la que atienda las incidencias relativas a medidas cautelares.

El principio general que en todo caso deberá inspirar la actuación de las Fiscalías será el sentado en el art. 528 LECrim: «todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la (...) prisión provisional de los inculcados o procesados».

3.^a El desplazamiento para acudir a la vista ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ por parte del Fiscal que asistió en primera instancia sólo se realizará con carácter excepcional, manteniendo su validez, *mutatis mutandis*, los pronunciamientos emitidos en la Instrucción 1/1997, de 6 de octubre.

La 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 EOMF, 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*.

4.^a La preparación del recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por el TSJ corresponderá a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma. En su caso, se pondrá en contacto con la Fiscalía Provincial o de Área para recabar los antecedentes necesarios para preparar el recurso y para remitir a la Fiscalía del Tribunal Supremo. También corresponderá a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma interesar la aclaración de la sentencia y promover o intervenir en el incidente de nulidad de actuaciones.

5.^a Los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes establecerán los cauces de comunicación precisos a fin de lograr la máxima eficacia en la tramitación de los recursos.

6.^a Cuando la apelación pretenda revocar una absolución o agravar la condena por infracción de Ley deberá interesarse por los Sres. Fiscales la revocación de la absolución y el dictado por el propio Tribunal de apelación de una sentencia condenatoria (o en su caso agravatoria), sin necesidad de oír al acusado.

7.^a El Tribunal *ad quem* no puede en ningún caso modificar los hechos probados en sentido agravatorio. A tales efectos, la nueva regulación no distingue entre pruebas personales y pruebas que no revistan este carácter, ni diferencia si lo afectado es la vertiente objetiva o subjetiva de los hechos.

8.^a Siempre que se pretenda una nueva valoración de cualquier tipo de prueba para revocar un pronunciamiento absolutorio o para agravar la responsabilidad, la pretensión procesal debe ceñirse a solicitar la anulación total o parcial de la sentencia de instancia para que sea el Tribunal *a quo* quien dicte nueva sentencia realizando la correspondiente valoración de la prueba.

El canon de razonabilidad en relación con la valoración de la prueba tiene un margen de amplitud difícil de precisar, pero en todo caso, dado el carácter excepcional que se atribuye a la nulidad, debe quedar fuera de su radio la simple discrepancia valorativa.

9.^a Cabrá solicitar del Tribunal *ad quem* la revocación del fallo absolutorio por error sobre la concurrencia de elementos subjetivos, y el dictado de sentencia condenatoria, sin necesidad de citar al acusado, cuando se trate en realidad de supuestos de recursos por infracción de Ley, por no ser necesaria una nueva valoración sobre la intención del mismo.

Por contra, cuando se pretenda modificar la vertiente subjetiva del comportamiento, con modificación de los hechos declarados probados, el motivo deberá articularse por la vía del error en la valoración de la prueba y por ello, si lo que se pretende es revocar una sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, la pretensión habrá de ser la de declaración de nulidad para propiciar un nuevo enjuiciamiento.

Habrá supuestos en los que se planteen dudas sobre si la discrepancia en cuanto a la vertiente subjetiva del caso es cuestión estrictamente jurídica o implica una modificación en la valoración fáctica. En estos casos, *ad cautelam*, además de articular el recurso por infracción de Ley, los Sres. Fiscales recurrirán por error en la valoración de la prueba, interesando subsidiariamente que para el caso de que el Tribunal *ad quem* no se considere competente para dictar sentencia sobre el

fondo por resultar afectados los hechos probados, se proceda a la anulación de la sentencia de instancia y, en su caso, a la nueva celebración del juicio ante el Tribunal *a quo*.

10.^a Los Sres. Fiscales informarán en el escrito de interposición, o en su caso en el de contestación sobre si procede que la nulidad se extienda al juicio oral y si es necesaria una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa. Este último supuesto se dará cuando el órgano de instancia no cumpla con las condiciones de imparcialidad o no cuente 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.

11.^a Será el análisis de cada supuesto concreto el que permita fundamentar racionalmente si procede la repetición del juicio oral y si es necesaria una nueva composición del órgano de primera instancia.

Cuando la causa de la anulación sea la omisión de razonamientos sobre pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada, habrá de entenderse como regla general que no es necesario repetir el juicio oral ni consiguientemente una nueva composición del órgano de primera instancia, pues tales infracciones no implican *per se* compromiso para la imparcialidad del Juzgador.

12.^a Cuando se practiquen pruebas en segunda instancia conforme al art. 790.3 LECrim, el Tribunal de apelación podrá absolver o reducir la responsabilidad y podrá anular total o parcialmente la sentencia y remitirla al órgano de enjuiciamiento de instancia para que, en su caso, este valore la posibilidad de condena o agravación. Lo que no podrá el Tribunal de apelación es, con fundamento en la nueva prueba, dictar sentencia condenatoria o que agrave la condena.

Para que la prueba practicada en segunda instancia pueda ser valorada por el órgano jurisdiccional *a quo*, habrá de ser practicada de nuevo ante el mismo.

13.^a Cuando se pretenda la revocación de la absolución o la agravación de la condena podrá, mediante la visualización de la grabación de la vista, tratar de acreditarse el quebrantamiento del canon de razonabilidad en la valoración de la prueba o el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia, pero aún en este caso la pretensión procesal habrá de ser la de declaración de nulidad total o parcial de la sentencia recurrida.

14.^a Los Sres. Fiscales deberán ser particularmente minuciosos en la motivación, tanto en sus escritos de interposición como en las contestaciones a los recursos de apelación, dando respuesta individua-

lizada a todos los motivos que se articulen de forma razonada en el recurso.

15.^a Cabrá recurrir en apelación, además de las resoluciones a que se refiere el art. 846 ter LECrim, las siguientes:

- Las resoluciones de la Audiencia Provincial que siendo materialmente de sobreseimiento libre, asuman otras denominaciones.
- Las decisiones por las que se rechaza la intervención en el proceso de un tercero afectado por el decomiso.
- Los autos dictados por la Audiencia Provincial sobre materias que podrían haber sido resueltas en la sentencia.
- Los autos que cuantifican en ejecución de sentencia la responsabilidad civil conforme al art. 794 LECrim.
- Los autos dictados decidiendo si procede o no la revisión ante cambios en la legislación penal.

16.^a La prórroga del tiempo de prisión hasta el tope máximo representado por la mitad de la condena no se activa automáticamente por el pronunciamiento de la sentencia. Es necesaria una decisión específica de prórroga.

No es necesaria la celebración de comparecencia para la adopción de la prórroga de la prisión en estos supuestos.

Los Sres. Fiscales, cuando interpongan o contesten un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria en una causa en la que esté acordada la medida cautelar de prisión provisional deberán informar por Otrosí sobre las razones para mantenerla, prolongarla o, en su caso, para dejarla sin efecto.

17.^a Cuando la sentencia es absolutoria por concurrencia de eximente de enajenación mental, no cabe prorrogar la situación de prisión provisional durante la pendencia del recurso, aunque se haya impuesto una medida de seguridad de internamiento.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la obligación del Ministerio Fiscal de instar, si fuera procedente, la modificación judicial de la capacidad y, en su caso, el internamiento ante la Jurisdicción Civil, con sujeción a sus presupuestos y conforme a lo dispuesto en los arts. 757, 762.2, 763 LEC y Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

18.^a Las pautas que se imparten en el presente documento son aplicables, *mutatis mutandis*, al proceso penal de menores.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.