

# VII.- MESA DE DEBATE SOBRE EL NUEVO RECURSO DE APELACIÓN PENAL

## VII. 1. NOTAS SOBRE LA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL.

### NUEVO RECURSO Y VIEJAS CUESTIONES

Antonio Terrasa García

*La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al instaurar el recurso de apelación que orgánica y competencialmente estaba ya atribuido a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, ha reconfigurado la apelación penal con una diferente dimensión para el error en la valoración de la prueba según se trate de revisar sentencias condenatorias o absolutorias.*

#### **1.- Antecedentes históricos.**

#### **2.- Generalización de la segunda instancia penal.**

#### **3.- Derecho transitorio.**

#### **4.- Recurso de apelación contra sentencias.**

**4.1.- Modalidades del recurso de apelación contra sentencias.**

**4.2.- La crisis del modelo.**

**4.3.- El nuevo modelo revisor y su disparidad en cuanto al error en la valoración de la prueba.**

**4.4.- Diferencial en el quebrantamiento de forma.**

**4.5.- Declaración expresa sobre el alcance de la nulidad declarada.**

#### **4.6.- La apelación adhesiva de carácter supeditado.**

### **5.- Recursos contra las restantes resoluciones.**

#### **5.1.- Recurso de apelación contra los autos de prisión o libertad provisional.**

### **6.- Competencia sobre las medidas cautelares y para la ejecución de las sentencias.**

## **1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El recurso de apelación, como herramienta destinada a sustanciar la segunda instancia penal, sigue destilando vacilaciones y dudas sobre su naturaleza y alcance, tras una dilatada y tortuosa evolución histórica<sup>1</sup>:

La inclinación inicial a la intangibilidad de la condena penal (por entrañar una decisión soberana en materia de orden público) se fue suavizando con fundamentos varios y mediante técnicas diversas, en constante evolución.

El Derecho Romano conoció vías impugnatorias mediante acciones externas, es decir provocando un nuevo proceso que podía incidir sobre la validez del anterior, tanto por razones procedimentales (*querella nullitatis*) como por razones de justicia material (*querella iniquitatis*).

De camino a su configuración como recurso ordinario, el *Ius Commune* romano-canónico (a partir de las discrepancias entre los modelos de Constantino y Justiniano) ahondó en la distinción entre *vetera y nova capitula* (lo que hoy reconocemos como prohibición de introducir cuestiones nuevas), llevando a modular las limitaciones sobre el objeto, así como -en consecuencia- las posibilidades probatorias.

Pese a las oscilaciones significativas del derecho pre-codificado, con abundantes manifestaciones supresoras de la denominada *supplicatio o*

---

1.- BERNARDINO J. VARELA GÓMEZ. “La segunda instancia en el proceso penal: antecedentes históricos”. Derecho. Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 7 n°. 1. 1998. Págs. 229 a 269.

*appellatio*, la Novísima Recopilación mantuvo el recurso de apelación penal hasta enlazar con la etapa codificadora.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia (26 de septiembre 1835) asumió el antecedente sistema de doble instancia basado en la simple “*consulta*” del sobreseimiento acordado en sumario y sin más entretenimiento que la audiencia del Fiscal (art. 71), o en la “*consulta*” de la sentencia definitiva que se sustanciaba en vista o en revista, con audiencia de las partes (art. 72).

La única instancia penal fue legislativamente implantada con la Ley de Bases de 11 de abril de 1868, y mantenida en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (14 de septiembre de 1882) con excepción de los juicios de faltas.

Pero a mediados del siglo XX se abrió paso una tendencia a introducir parcialmente la segunda instancia penal (mediante el recurso de apelación) para supuestos delictivos de menor entidad sobre los que han incidido -de forma poco coherente- numerosas modificaciones legislativas: Ley de uso y circulación de vehículos a motor (24 de diciembre de 1962), Procedimiento de urgencia (Ley 3/1967, de 8 de abril).

Procedimiento abreviado para determinados delitos (Ley 1997, de 1 de junio); Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre; Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

También la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado se sirvió del recurso de apelación, aunque atemperándolo al “*carácter especial del procedimiento ante el Jurado*”, según señala su Exposición de Motivos.

Y la *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, articuló la competencia para que la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conociese de un inexistente recurso de apelación.

## 2.- GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

Precisamente por esa inconveniente *“ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”*, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, proclamó desde su preámbulo la *“instauración general de la segunda instancia penal (...) Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas”*.

En pos de su objetivo, que es sustanciar lo que con mayor o menor fortuna denomina *“segunda instancia penal”*, esta reforma usa como herramienta el recurso de apelación que ya orgánicamente venía atribuido a la competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en el art. 73.3 c) LOPJ, pero ciñéndolo a las resoluciones definitivas y fundamentalmente a las sentencias.

## 3.- DERECHO TRANSITORIO

La Disposición transitoria única sobre legislación aplicable señala que *“se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”*; referencia de derecho transitorio a los *“procedimientos”* -en lugar de a los procesos o a la causa penal- que puede haber introducido complicaciones innecesarias para la interpretación del precepto, y haber fomentado la opinión de que el nuevo recurso de apelación ha de resultar admisible ante cualquier incoación de un nuevo procedimiento dentro del proceso, por ejemplo ante cualquier cambio de fase procedimental (de instrucción a fase intermedia, o de fase intermedia a la de plenario); aunque semejante conclusión puede tener un inconveniente insalvable, pues el recurso de apelación (al abrir paso a la segunda instancia penal) constituye un nuevo procedimiento dentro del proceso, de modo que siempre procedería su admisión al haberse incoado con posterioridad a la vigencia de la Ley en cuestión, con lo que la propia Disposición transitoria única sobre legislación aplicable resultaría inaplicable, es decir carente de sentido; y como la interpretación al absurdo no suele ser la más recomendable, quizá convenga decantarse por entender que proceso y procedimiento son equi-

parables en este sentido, o al menos asimilables o reconducibles al concepto más amplio de incoación del proceso, es decir de la causa penal.

#### **4.- RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS**

Como ya se ha adelantado, la reforma implanta con carácter sustancial el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia, aunque también se proyecte sobre los autos que mantienen el mismo carácter definitivo que aquellas.

Desde su misma intitulación (“*Del recurso de apelación contra las sentencias y determinados autos*”) las disposiciones del Título I (del Libro V) LECrim. determinan el órgano y tipo de resoluciones apelables por referencia a las resoluciones definitivas, eminentemente las sentencias, pero también los autos que ponen fin al procedimiento, salvo el añadido especial para el proceso ante el Tribunal del Jurado del art. 846 bis a) LECrim.: “*los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley*”, que en definitiva se refiere a las cuestiones previas de posible influencia sobre la validez del juicio oral a celebrar.

Del mismo modo, el art. 846 ter. 1 LECrim. -surgido de la reforma- se ciñe tanto al enunciado de la Exposición de motivos cuanto al del Título I, y señala como órganos y tipo de resoluciones apelables: “*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*”, es decir -nuevamente- las resoluciones definitivas, las que ponen fin al proceso.

Congruentemente con ello el art. 846 ter.3 LECrim. regula el procedimiento por remisión a lo establecido para la tramitación de las “sentencias” en el procedimiento abreviado (arts. 790, 791 y 792 LECrim.).

##### **4.1.- Modalidades del recurso de apelación contra sentencias**

Como es sabido, en la actualidad la apelación penal mantiene un radio de acción oscilante, con distintas modalidades en función de su mayor o menor vinculación con el ámbito de la segunda instancia, que van desde

la celebración de un nuevo juicio hasta la revisión de la instancia anterior, y por tanto con diferente alcance, salvo en su idéntica eficacia rescisoria (el antiguo quebrantamiento de forma, hoy reconducido a la nulidad por vulneración de algún derecho fundamental).

Desde el derecho romano, el modelo de apelación plena supone un “*novum iudicium*” durante el que se reedita la misma actividad probatoria de la primera instancia, pero en el que –además– se permite la alegación y probanza de hechos nuevos (con el límite de su vinculación al objeto del proceso), lo que no propicia exactamente una segunda opinión (coincidente o divergente con la de primera instancia), sino una nueva convicción a partir de bases fácticas y probatorias distintas: es decir, una nueva o segunda instancia.

Frente a ese modelo puro o categórico de apelación penal “plena”, el modelo austríaco cuyo ámbito se reduce al reexamen a la sentencia, se sitúa en el extremo opuesto.

A medio camino entre uno y otro pueden detectarse variaciones de diferente magnitud (y en consecuencia de discutible encaje en uno u otro modelo) en torno a lo que se conoce como apelación penal “limitada”, una simple revisión de segundo grado (*revissio prioris instantiae*) sobre el pronunciamiento apelado; aunque el respeto a los principios de oralidad e inmediación dificultan extraordinariamente su articulación sin volver a celebrar un segundo juicio.

El modelo tradicionalmente instalado en nuestra LECrim. ha respondido a una restricción de las facultades dispositiva y cognitiva (dada la prohibición de la *reformatio in peius* y de las cuestiones nuevas), una sujeción estricta a lo planteado en el recurso (*tantum devolutum, quantum appellatum*), y una sustancial reducción de la capacidad probatoria que (en nuestro caso ex art. 790.3 LECrim.) se contrae a los supuestos de imposibilidad fáctica o jurídica: las pruebas que durante la primera instancia no se hubieran podido proponer, hubieran sido indebidamente denegadas, o admitidas pero no practicadas.

Para perfilar el alcance de la apelación “limitada” resulta capital establecer si el órgano que conoce de la apelación (*a quo*) puede o no reexaminar la prueba y volver a fijar autónomamente los hechos en la segunda instancia con las mismas facultades que el órgano la primera instancia (*ad quem*); es decir, si el error en la valoración de la prueba constituye o no motivo de apelación válido.

En tal sentido, el formato de apelación originariamente plasmado en la LECrim. para el procedimiento abreviado se vino considerando en principio apto:

- a) para examinar la nulidad por quebrantamiento de forma;
- b) para plantear la revocación por *error in iudicando in iure*, o sea sobre el derecho;
- c) y -además- para plantear la revocación por *error in iudicando in factum* tras haber evaluado la prueba practicada en la primera instancia con idéntica posición entre los órganos *a quo* y *ad quem*<sup>2</sup>.

Valga decir ahora que semejante formato quebró con la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, pues según su Exposición de Motivos buscó “*colmar el derecho al «doble examen», o «doble instancia»*” (sic) mediante un recurso de apelación que “*en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado*” adecuó “*los motivos de impugnación previstos a ese carácter especialísimo del procedimiento*”, de modo que (en el apartado “e” del derogado art. 846 bis c LECrim.) el alcance del error en la valoración de la prueba se limitó a la vulneración de la presunción de inocencia por inexistencia de base probatoria de cargo razonable, lo que ya apuntaba en esto a un modelo simplemente revisor de la primera instancia, por no caber la revocación por error en la evaluación de la prueba, aunque en la Exposición de Motivos sólo se aludió al mencionado “*carácter especialísimo del procedimiento*” para justificar este diseño.

---

2.- STC 120/ 1999, de 28 de junio: “Pues bien, atendida nuestra jurisprudencia, nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto «por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma» como por lo que se refiere a «la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba» el Juez «ad quem» se halla «en idéntica situación que el Juez «a quo» (STC 172/1997, fundamento jurídico 4º, y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995 y 176/1995) y; en consecuencia, «puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez «a quo» (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993 y 172/1997).”

ATC 189/2007, 12 de marzo: “Respecto a la también alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) conviene empezar recordando que el carácter de un *normum iudicium* del recurso de apelación «conlleva que el Juzgado ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso» en idéntica situación que el Juez a quo, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo así revisar y corregir la ponderación de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, F. 4; 120/1999, de 28 de junio, FF. 3 y 5).”

## 4.2.- La crisis del modelo.

Lo cierto es que, al margen del recurso de apelación establecido para las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado, fueron las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que condujeron a un cambio de paradigma por su interpretación de los arts. 2.1º del Protocolo Adicional nº. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (ambos respecto al derecho del declarado “*culpable*” a que su “*condena*” pueda ser revisada ante un tribunal superior), pues condicionaron las posibilidades de revocar en apelación un fallo absolutorio.

Los numerosos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Sentencias de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia; 22 de febrero de 1996 -caso Bulut contra Austria; 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania; 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino) fueron citados en el FJ. 10 de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, al establecer por primera vez las condiciones necesarias para la válida revocación de una sentencia absolutoria apelada a la luz de la doctrina emanada del TEDH.

Desde entonces la cuestión dio pie a interpretaciones no siempre absolutamente fieles a la doctrina constitucional y, lo que es más importante, suscitó una cascada de cuestiones ulteriormente matizadas a tenor de las posiciones evolutivas que se fueron sucediendo.

Sobre la posibilidad y limitaciones para revisar los pronunciamientos absolutorios resulta esclarecedora la STS 2ª 676/2014, de 15 de octubre, que expuso el elenco de cuestiones suscitadas:

1.- La primera disquisición tenía relación con la no siempre pacífica posibilidad de discriminar el hecho y el derecho (si es que ello -en definitiva- resulta posible en todos los casos), aspecto que la mencionada sentencia abordó distinguiendo entre dolo directo como cuestión de hecho, y dolo eventual como cuestión de derecho. Una conclusión sólo viable a partir una proyección más normativa que intelectual del dolo, tal y como expuso la STS 278/2014 (citada en la que se comenta): “*Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de*



*que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado” (STS de 1 de diciembre de 2004), entre otras muchas.”*

2.- Un segundo aspecto problemático atañía a si los llamados “elementos internos” (conocimiento y voluntad, frecuentemente inferidos a partir de prueba indiciaria) pertenecen a la esfera fáctica o jurídica, señalando la STS 2ª 676/2014, de 15 de octubre, que: *“En una primera etapa (2002 a 2011) el TC mantuvo al margen de esa doctrina las inferencias sobre elementos internos” (...)* *“A partir de 2011 han llegado nuevas condenas en el TEDH de España que han supuesto el adiós definitivo a la posibilidad de revisar sentencias absolutorias en casación por razones de tipo fáctico. Ya se incluyen sin discusión las inferencias sobre elementos internos en el campo de lo fáctico. (...).* *La STC 88/2013 proclama claramente que entre las cuestiones que exigen un nuevo pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del acusado está la apreciación de la concurrencia de elementos internos”.*

3.- La tercera cuestión se concretaba en que, a partir de la STC 184/2009, de 7 de septiembre, se introdujo la exigencia de audiencia personal del acusado vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), anteriormente explicitada en las precedentes STC 1367/2002, de 18 de septiembre, y STC 285/2005, de 7 de noviembre, puesto que la declaración judicial del acusado *“tiene el doble carácter de prueba personal, que exige de inmediatez para ser valorada, y de derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que vaya a decidir sobre su culpabilidad, lo que, lógicamente, también se concreta en su presencia ante el órgano judicial para poder someter a contradicción con su testimonio la comisión del hecho que se le imputa”.*

4.- Y por fin, la cuarta cuestión afectaba a que la revocación válida de una sentencia absolutoria, cuando se modifican elementos fácticos relevantes para la culpabilidad o inculpabilidad de un acusado (no así los jurídicos), requiere cumplir las exigencias de inmediatez y contradicción siempre que las cuestiones tengan carácter fáctico y no jurídico, y por tanto no sólo cuando se valoren pruebas incriminatorias de naturaleza subjetiva (pruebas personales, tales como la declaración

del acusado, de los testigos, o de los peritos), sino también cuando se valoren cualesquiera otras pruebas de una naturaleza distinta (documentos, por ejemplo) para permitir al acusado ofrecer su versión y defenderse con eficacia ante el Juez o Tribunal. La STEDH de 25 de octubre de 2011, (invocando sus precedentes: Igual Coll contra España 10 Mar. 2009, Marcos Barrios contra España y García Hernández contra España 16 noviembre 2010) declaró contraria al art. 6 del CEDH dicha reevaluación de la prueba documental cuando las cuestiones tratadas -excediendo de las consideraciones jurídicas- tengan naturaleza factual<sup>3</sup>.

Y sobre la proyección de la doctrina constitucional a tales extremos se ha pronunciado la más reciente STC 6 Jun. 2016:

*“Es conocida la existencia de una consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías, que se inicia con la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, SSTC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; 105/2014, de 23 de junio, FFJJ 2 a 4, y 191/2014, de 17 de noviembre, FFJJ 3 a 5). La STC de Pleno 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad,*

---

3.-<sup>3</sup> STEDH de 25 de octubre de 2011: “...la Audiencia examinó el conjunto de pruebas de carácter documental valoradas por el Juez a quo (justificantes de los pagos realizados por la demandante, el acta notarial) y señaló que en el momento de vender el terreno, la deuda contra la demandante era totalmente exigible y conocida por ésta. Así, la Audiencia Provincial concluyó que los elementos exigidos por el artículo 257 del Código Penal constitutivos del delito de malversación de bienes estaban presentes. (...) Siendo las cuestiones tratadas esencialmente de naturaleza factual, el Tribunal considera que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos tales como sus intenciones y su comportamiento, que fueron decisivos para la declaración de culpabilidad, sin que la demandante tuviera ocasión de ser oída personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio durante la vista pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio.”

*inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal» (FJ 9).*

*Con ello se optó por incardinar la audiencia del acusado como una exigencia derivada del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) y no ya, como fijaba aquella STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, como manifestación del derecho a la defensa (art. 24.2CE). La consecuencia de ello, como destaca la citada STC 88/2013, FJ 9, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 88/2013, FJ 8).*

*En el desarrollo de esa jurisprudencia sobre las garantías procesales respecto a una condena o agravación penal en segunda instancia, se ha abordado específicamente por este Tribunal su proyección a los elementos subjetivos del tipo. Al respecto, y de nuevo en los términos de la STC 88/2013, hemos subrayado que «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. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (fundamento jurídico 8 citando la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; o en el ATC 44/2015, de 25 de febrero, FJ 2, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009 (TEDH 2009,*

33) , caso *Igual Coll c. España* ; 22 de noviembre de 2011 (TEDH 2011, 100) , caso *Lacadena Calero c. España* ; 13 de diciembre de 2011 (TEDH 2011, 106) , caso *Valbuena Redondo c. España* ; 20 marzo 2012 (TEDH 2012, 27) , caso *Serrano Contreras c. España* ; 27 de noviembre de 2012 (TEDH 2012, 111) , caso *Vilanova Goterris c. España* ; 8 de octubre de 2013 (TEDH 2013, 77) , caso *Nieto Macero c. España* ; 8 de octubre de 2013 (TEDH 2013, 78) , caso *Román Zurdo c. España* ; 12 de noviembre de 2013 (TEDH 2013, 83) , caso *Sainz Casla c. España* ; 8 de marzo de 2016, caso *Porcel Terribas y otros c. España* , o 29 de marzo de 2016 (TEDH 2016, 10) caso *Gómez Olmeda c. España*).

*Asimismo hemos tenido ocasión de definir negativamente las condiciones de cumplimiento de las exigencias de inmediación y contradicción y de audiencia al acusado cuando se ventilen cuestiones fácticas en segunda instancia. Esas garantías no se ven colmadas con la sola reproducción y visionado de la grabación del juicio oral por parte del órgano revisor, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia y, ante todo, al acusado (SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4; STEDH caso Gómez Olmeda c. España , 29 de marzo de 2016, §§ 37-39). Esa exigencia de vista no es formal, sino que debe servir de efectivo instrumento a la garantía constitucional de un proceso debido respecto a los principios de inmediación y contradicción y la garantía de audiencia personal del acusado (SSTC 105/2014, FJ 4; 191/2014, FJ 5). Al respecto, no obstante, hemos admitido la posibilidad de sostener la condena en segunda instancia en las declaraciones realizadas en el juicio oral, e incluso en instrucción, cuando su reproducción esencial ante el Tribunal ad quem que va a valorarlas compense el déficit de inmediación, en consonancia con la doctrina vertida sobre el supuesto de valoración de las manifestaciones sumariales no reiteradas en el juicio, [SSTC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5 b) 1); 120/2009, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3, y 105/2014, FJ 3].”*

En resumen: dejando a salvo las cuestiones jurídicas, toda modificación o alteración de los hechos (incluyendo los elementos internos sobre conocimiento y voluntad) que condujesen a revocar en apelación una sentencia absolutoria, requerían la inexcusable audiencia del acusado para preservar tanto el derecho de defensa como el principio de contradicción, aparte de exigir también inmediación respecto de las pruebas subjetivas o personales.

### 4.3.- El nuevo modelo revisor y su disparidad en cuanto al error en la valoración de la prueba.

Como puede deducirse, la evolución de este recurso hasta su modulación actual, responde a razones de humanitarismo y garantismo (para evitar aflicciones arbitrarias o abusivas, sea por vicios de procedimiento, o ante decisiones abiertamente injustas), pues nótese que históricamente no cabía posibilidad de apelar, y cuando cabía podía resultar prácticamente desvanecida por una tradicional falta de motivación de las condenas<sup>4</sup>.

En consecuencia el sistema queda abocado a cierto desequilibrio, porque prima las garantías para el acusado que resulta condenado, pero sin una exacta equidistancia respecto del *ius persecuendi* (ya que no facilita con igual intensidad una segunda oportunidad para sancionar), aunque necesite mantener el adecuado respeto a los derechos fundamentales que asisten a todas partes involucradas en el proceso.

Ello explica su diferente, aptitud, entidad, y dimensión, según se trate de revisar una condena o una absolución, y tal directriz es clave (sin descartar otras de singular influencia) para analizar la adecuación de la herramienta (el recurso de apelación) a su finalidad que es sustanciar la segunda instancia penal (si es que de ella puede hablarse en puridad ante un modelo de apelación limitada).

Aparte de que la garantía constitucional sólo cubre el recurso frente a los pronunciamientos condenatorios<sup>5</sup>, la revisión de las sentencias absolutorias viene condicionada por el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías, a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, así como la preservación del derecho de defensa.

De un lado, las mencionadas exigencias (para poder revocar válidamente en apelación un pronunciamiento absolutorio) dieron pie a criticar

---

4.- ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ. “La jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca”. Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana: Revista d’estudis històrics. N.º. 65, 2009, pág. 304.

5.- STC 41/1998, de 4 de febrero: “En primer lugar, el derecho de toda persona declarada culpable de un delito de acudir a un Tribunal superior, que reconoce el art. 24.1 CE por influjo el art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (SSTC 42/1982, fundamento jurídico 3.º, y 33/1989 [RTC 1989\33], fundamento jurídico 4.º), se extiende a «el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto» no a cualquier incidente o cuestión suscitada en la causa penal. Por consiguiente, resulta indiferente desde el punto de vista constitucional que exista o no en la ley un recurso contra las resoluciones que pueda adoptar el Tribunal penal durante el juicio oral, ya sea in voce o mediante Auto. El único recurso cuya existencia viene garantizada por la Constitución es el recurso contra la sentencia condenatoria, en lo que atañe al fallo y a la pena.”

que una aplicación mecanicista de las garantías redundase en una desestimación automática, formularia, o carente de la motivación adecuada para satisfacer la tutela judicial efectiva<sup>6</sup>.

La STC 285/2005, de 7 de noviembre, pareció propugnar la viabilidad de practicar en apelación las pruebas personales adecuadas para revocar la absolución con audiencia del acusado: *“cuando la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar Sentencia revocatoria, no lo concibe como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído –ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación–; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con el art.795.3 LECrim, de modo que la Sala, citara al acusado y si éste, no compareciera sólo a él fuera imputable dicha falta de audiencia.”*

E incluso más allá se llegó a sostener<sup>7</sup> que en apelación se podía celebrar vista *«cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada»* (art. 791.1 *in fine* LECrim.), y como las limitaciones probatorias del art. 790.3 LECrim. (antes citado) sólo afectan a la prueba que puede pedir *“el recurrente”*, cabría practicar durante esa vista *«las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación»* (art. 792.2.º LECrim.), es decir reeditar las pruebas practicadas durante la primera instancia para poder revocar la absolución.

Sin embargo la Ley 41/2015, de 5 de octubre, apartándose en esto de su correspondiente anteproyecto, al editar la reforma que se comenta, ha zanjado la cuestión en sentido exactamente contrario porque, para adaptar el procedimiento a las mencionadas exigencias interpretativas, derivadas de la CE y de las decisiones del TEDH:

---

6.- GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. *“La inmediación en la 2ª Instancia y las sentencias arbitrarias de la primera”* Diario La Ley nº. 6876. 2008. pág. 2.

7.- CACHÓN VILLAR, PABLO. *“La doble instancia penal y el recurso de casación”*. Revista Jurídica de Casilla y León. nº. 10, pág. 37.

- a) ha modificado los arts. 790, 791 y 792 LECrim.
- b) y restringido muy significativamente el motivo de apelación por error en la valoración de la prueba cuando se recurre una sentencia absolutoria o cuando se pretende agravar una condenatoria, lo que ha desembocado en un sistema de apelación dispar o desigual.

En realidad la disparidad no surge en función del signo del pronunciamiento (condenatorio o absolutorio), pues incluso quien ha sido absuelto puede recurrir, si bien el Tribunal Constitucional (STC 165/1987, de 27 de octubre) ha supeditado tal derecho a la presencia de gravamen (un perjuicio o algún agravio cuya rectificación pretenda el recurrente que ha sido absuelto), lo que no sucede cuando se intenta una simple modificación de los argumentos o fundamentos jurídicos sin influencia sobre el pronunciamiento absolutorio (STC 79/1987, de 27 de mayo, y STC 51/1991, de 11 de marzo), pero sí cuando los fundamentos jurídicos en que se declara la intervención o participación del recurrente en unos hechos proclamados como delictivos generan agravio, es decir, cuando proporcionan a quien ha sido absuelto un gravamen legitimador para recurrir<sup>8</sup>.

Por el contrario, la desigualdad del actual sistema (en cuanto a la imposibilidad de revocar por error en la apreciación de la prueba la sentencia absolutoria o agravar la condena impuesta) deriva, en realidad, de la diferente aptitud para reevaluar la prueba practicada durante la primera instancia, porque el derecho del declarado culpable a un recurso

---

8.- **STC 157/2003 de 15 septiembre:** *“es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el art. 24.1 CE (... ) Así, en la STC 79/1987, de 27 de mayo, negamos que la simple circunstancia de que el recurrente hubiere sido absuelto en un proceso penal pudiese impedir a éste, en determinadas circunstancias, la interposición de recurso frente a la Sentencia absolutoria, señalando expresamente que la existencia del interés o perjuicio que permitan el acceso al recurso ha de ser examinada en concreto, sin que pueda rechazarse por razones abstractas o de principio, ligadas al contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial (F. 2 «in fine»). Y en la STC 41/1998, de 24 de febrero (F. 9), recordamos que las excepciones a la regla general de la no admisión de recursos o impugnaciones contra pronunciamientos absolutorios tienen un sustrato constitucional, concretado en el considerado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.”.*

de naturaleza devolutiva (para que su condena pueda ser revisada ante un tribunal superior) obedece a una perspectiva garantista ligada a que la convicción sobre la prueba de cargo sólo puede ser obtenida respetando la inmediación y la audiencia del acusado, de forma que el legislador ha optado, en este aspecto, por un modelo simplemente revisor de segundo grado, ya que según el art. 792.2 LECrim. no cabe reexaminar la prueba con efecto rescindente (revocatorio) en los supuestos que se han mencionado: “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.”

En tales casos, el error en la valoración de la prueba ya no permite reexaminar en segunda instancia la prueba llevada a cabo durante la primera, ni para revocar un pronunciamiento absolutorio, ni para revocar agravando la condena recurrida.

“No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada”, pero no revocada, por error en la valoración de la prueba (según añade ese mismo art. 792.2 LECrim.).

Podría decirse que la naturaleza del error en la evaluación de la prueba es inestable por la variedad de situaciones que ampara ese enunciado del motivo.

El error en la valoración de la prueba suele obedecer a un *error in iudicando* susceptible de corrección revocando la sentencia apelada, pero en determinados casos, por sus efectos, se aproxima al vicio *in procedendo*.

Así sucede cuando el vicio alberga una dimensión constitucional por lesión de algún derecho fundamental, y con ello adquiere una aptitud anulatoria (concorde con lo señalado en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la nulidad de actuaciones).

Y esto es lo que sucede cuando la ausencia, arbitrariedad, o no razonabilidad de la motivación, lesionan la tutela judicial efectiva, y por ello -en tal caso- el art. 790.2 LECrim. le reconoce efecto rescisorio (anulatorio): “Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique



*la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.”*

En tales casos, la repetición del juicio no lesiona el principio *non bis in ídem*<sup>9</sup>.

Quizá convenga remarcar que el precepto contempla como presupuesto de la anulación, tanto a la falta de razonabilidad como “la *insuficiencia (...) en la motivación fáctica*”, referencia que ha de ser tomada en el sentido que proclama una consolidada doctrina constitucional<sup>10</sup> y que, por ello, no señala una categoría alternativa, sino que son equivalentes.

Este mismo motivo se recoge en el apartado e) del art. 846 bis c) LECrim. respecto de sustanciación de la apelación para las causas seguidas en el ámbito del Tribunal del Jurado cuando “...*atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta*”.

La diferencia estriba en que el art. 792.2 LECrim. liga la nulidad a una motivación lesiva, mientras que en el apartado e) del art. 846 bis c) LECrim. se vincula con la lesión de la presunción de inocencia, es

---

9.- **STC 246/2004, de 20 diciembre:** “*En relación con lo anterior, la consecuencia acordada por las resoluciones impugnadas, en aplicación del art. 846 bis f) LECrim. , de sumisión a un nuevo juicio derivado de la anulación de la Sentencia del Tribunal del Jurado, tampoco es cuestionable desde la perspectiva constitucional de prohibición del bis in ídem, que, como ya ha reiterado este Tribunal, sólo opera respecto de Sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material [por todas, SSTC 159/1987, de 26 de octubre , F. 2; 2/2003, de 16 de enero , F. 3 b) o 229/2003, de 18 de diciembre , F. 3]; efecto del que carece la Sentencia absolutoria del Tribunal del Jurado, en tanto que ha sido anulada en virtud del régimen de recursos previstos legalmente por haber incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías constitucionales. Por tanto, este motivo, al igual que los anteriores, debe también desestimarse.*”

10.- De la que es expresión la reciente **STC 18 Jul. 2016:** “*Para resolver el motivo, cabe recordar que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como «el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos» ( STC 112/2015, de 8 de junio, FJ 7), de modo que, como declaró la STC 189/1998, de 28 de septiembre , FJ 2, «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.*”

decir que obedecen a derechos distintos porque, en principio esta última tiende a garantizar que la responsabilidad criminal derive efectivamente de la culpabilidad, mientras que la motivación busca una constatación explícita, una expresión argumental de que la culpabilidad concurre (aparte de fomentar la posibilidad de control sobre su presencia).

Pero aunque no quepa identificarlas categóricamente (por que no son lo mismo), en ocasiones aparecen fusionadas, al menos desde el punto de vista jurisprudencial<sup>11</sup>.

Y conviene apuntar aquí que la vulneración de la presunción de inocencia resulta inane (como motivo de recurso) contra un pronunciamiento absolutorio (intrínsecamente inepto para lesionar aquella presunción), o para pretender una agravación de la condena impuesta.

#### **4.4.- Diferencial en el quebrantamiento de forma**

Como resultado de esta última reforma también cabe apreciar cierto diferencial en cuanto al quebrantamiento de forma, puesto que el nuevo art. 790.2 *in fine* LECrim. exige acreditar el intento de subsanar

---

11.- STS 2ª 5 Oct. 2016: “De acuerdo con la doctrina de esta Sala, hemos de recordar que ambos derechos de naturaleza constitucional tienen diferente ámbito y contenido aunque pueden tener una zona tangente. El derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva se proyecta sobre la motivación de la sentencia, lo que constituye una expresa obligación contenida en el art. 120-3º de la Constitución. El derecho a la presunción de inocencia opera sobre el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable. Como recuerda la STS 631/2014 de 29 de Septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva se integra y tiene como ámbito la existencia de una motivación que de respuesta a todas las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso. Es decir su contenido exige que exista una motivación con lo que se salvaguarda la interdicción de toda arbitrariedad, como sería en el supuesto de una sentencia carente de motivación o con motivación irracional. Supuesto de motivación irracional lo constituiría cuando no se expresasen las razones que justifican la decisión adoptada que de este modo, solo será exponente de la desnuda voluntad del Tribunal. Supuesto de arbitrariedad sería cuando la sentencia fija unos hechos claramente erróneos o cuando las conclusiones jurídicas extraídas de los mismos carecen de toda lógica. En tal sentido, entre otras, SSTC 276/2006; 177/2007; 138/2008 y 191/2011, entre las más recientes.

Por contra, el derecho a la presunción de inocencia se centra en la existencia y suficiencia de una prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, lo que supone como tiene repetidamente dicho esta Sala que debe existir una prueba de cargo válidamente obtenida y legalmente introducida en el Plenario, que sea suficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, lo que supone su contraste y valoración con la prueba de descargo, y que esté razonada, obteniéndose el axiomático juicio de certeza con el canon de “certeza más allá de toda duda razonable”, tanto desde la lógica del razonamiento como de su suficiencia, y consistencia. El distinto ámbito y contenido de ambos derechos, queda patente en las consecuencias de la vulneración de uno y otro derecho. La sentencia inmotivada, que no justifica las razones de su decisión, tiene la consecuencia que debe ser devuelto al Tribunal de origen para justificar su decisión. La sentencia en la que se aprecie una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, tiene motivación pero no se acredita la existencia de una prueba de cargo suficiente como para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y tiene como consecuencia la absolución del indebidamente condenado.”

el vicio *in procedendo* lesivo para el derecho de defensa cuando ello fuera posible: “*Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.*”

Conforme al diseño inicial de la LOPJ, la nulidad de actuaciones por quebrantamiento de forma respondía exclusivamente a la lesión del derecho de defensa (así en la redacción originaria del art. 238.3º LOPJ: “*Cuando se prescindiera de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión*”), hasta que la modificación de la LOPJ introducida por L.O. 6/2007, de 24 de mayo, permitió la declaración de nulidad por “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*” (y no sólo del art. 24 CE) bajo exigencia de que la lesión se haya denunciado temporáneamente siempre que fuera posible (art. 241.1 LOPJ).

Dicho ello, resulta todavía menos comprensible que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim., introducido con posterioridad a la mencionada reforma ampliatoria de los motivos de nulidad en la LOPJ, y que regula ese mismo motivo de recurso en el ámbito del Tribunal del Jurado, exima de denuncia/subsanación cuando el vicio invalidante afecte a un derecho fundamental, es de suponer que del núcleo duro (art. 53.2 CE), entre los que también se incluye el derecho de defensa: “*Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.*”

La STS 2ª 28 Ene. 2016:

- a) Insiste en sus precedentes (STS 2ª 23 Nov. 2006), que cita literalmente, en orden a denunciar la antinomia y dirimir el conflicto planteado: “*La reclamación de subsanación plantea, además, el problema adicional consistente en determinar cuando*

*la misma resulte imprescindible, puesto que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim. tras requerir su formulación con carácter general, añade, sin embargo, que ésta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un Derecho Fundamental constitucionalmente garantizado. Este enunciado es contradictorio porque, por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber causado indefensión y, por otro lado, la prohibición de “indefensión” constituye, como es sabido, uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE. Por lo tanto, si la infracción procesal genera “indefensión” al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE, con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma. (...) en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, sí debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia”.*

- b) Pero además añade que *“La protesta es algo más que un requisito meramente formal porque su finalidad estriba en depurar y consolidar en su caso el curso del procedimiento y asegurar de esta forma la posición de las partes en el mismo.”*

Como se ve, la redacción del nuevo art. 790.2 *in fine* LECrim. coincide, en esto, con la regulación general del art. 241.1 LOPJ, y se aparta de la contradictoria excepción incluida al final del apartado a) del art. 846 bis c) LECrim., pero la última reforma no ha contribuido a deshacer el desconcierto normativo, nueva muestra de la incoherencia -y hasta contradicción de principios- que exhibe la regulación de nuestro procedimiento criminal por los inacabables parcheos aplicados sobre una Ley más que centenaria.

#### **4.5.- Declaración expresa sobre el alcance de la nulidad declarada**

La exigencia de que la sentencia dictada en apelación señale el alcance de la nulidad y concrete si ésta se reduce a la sentencia apelada o se extiende al juicio oral (apartado 2, párrafo tercero, del art. 792 LECrim.) es novedosa y plausible, porque la invalidación total o parcial de alguna actuación procesal (singularmente algún medio de prueba, a lo que alude el art. 790.2 *in fine*: *“razonamiento sobre alguna o algunas*

*de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia”*), reclama determinar si -a partir de ello- es posible dictar sentencia obviando sin más lo declarado sin efecto, o por el contrario la entidad de lo anulado compromete la validez del juicio oral celebrado, caso en que también habrá de especificarse si permanece o no incólume la imparcialidad para volver a juzgar.

#### **4.6.- La apelación adhesiva de carácter supeditado**

La configuración resultante de la última reforma ha consolidado el carácter supeditado de la apelación adhesiva, a sustanciar en trámite de impugnación:

- a) Para el procedimiento ante el Tribunal del Jurado los arts. 846 bis c) y d) LECrim. articulan un recurso de apelación *“supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo”*, que se sustanciará durante el trámite de impugnación (5 días), y podrá impugnarse durante la vista del recurso ante el órgano *a quo*: *“Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle.”* (art. 846 bis e) *in fine*).
- b) Para el procedimiento abreviado, ahora aplicable (por remisión) para la apelación de todas las sentencias, el art. 790. 1 LECrim señala: *“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 (10 días), 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.”*, mientras que la adhesión podrá ser impugnada al producirse el traslado (por 2 días) de los escritos de alegaciones y/o adhesiones según señala el art. 790.6 LECrim.

### **5.- RECURSOS CONTRA LAS RESTANTES RESOLUCIONES**

Aparte del recurso de apelación contra las sentencias y los autos que pongan fin al proceso que antes se ha abordado en estas notas, queda por examinar la cuestión respecto de las restantes resoluciones tributarias de este recurso: determinados autos.

Contra los autos del Juez de Instrucción cabe el recurso de reforma, y el de apelación exclusivamente “*en los casos determinados por la ley*” (art. 217 LECrim.).

Contra los autos de los Tribunales, la redacción originaria del art. 236 LECrim. sólo autorizaba el recurso de súplica, y obviamente no el de apelación por regular un proceso de instancia única.

Al instaurarse el régimen de doble instancia para delitos de menor gravedad (*Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*), se introdujo coherentemente el recurso de apelación: “*Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación*” (art. 766.1 LECrim.).

Más adelante (*Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*), se modificaron las disposiciones generales en materia de recursos (*Capítulo X del Libro I*), para autorizar el de apelación “*únicamente en aquellos casos expresamente previstos en la Ley.*” (art. 236 LECrim.).

El resultado atañe a un régimen de recursos diferenciado (en cuanto a la generalidad o excepcionalidad de la apelación), según se trate del procedimiento ordinario o el abreviado.

Y aunque el Juez de lo Penal ya no es el único órgano competente para sustanciar la fase de plenario en primera instancia concerniente a un procedimiento abreviado (también lo es ahora la Audiencia), la última reforma no ha incidido sobre este particular, probablemente porque su confesado propósito se circunscribía a generalizar la apelación de las sentencias y demás resoluciones que pongan fin al proceso a fin de instaurar lo que denomina segunda instancia penal, de modo que respecto de la Audiencia (como Tribunal, que no es el Juez de lo Penal) parece regir la disposición general del art. 236 LECrim.

Y aun si cupiese asignar al art. 766.1 LECrim. la suficiente virtualidad expansiva para concebirlo como una regla general (sobre las resoluciones dictadas durante la primera instancia que son recurribles en apelación) aplicable también para la Audiencia (y no sólo para el Juez de lo Penal), debería salvarse el escollo de que sólo regula el procedimiento abreviado,

pero no el ordinario, y no se olvide que en este último la Audiencia también es el órgano competente para la fase intermedia.

Según lo expuesto, parece persistir el diferente régimen de apelación contra los autos no definitivos, admitido en general contra los del Juez de lo Penal, y sólo cuando expresamente esté autorizado contra los de la Audiencia.

### **5.1.- Recurso de apelación contra los autos de prisión o libertad provisional**

No obstante, merece examen separado, por su especial regulación, el recurso de apelación contra los autos de prisión o libertad provisional.

No hace falta decir que la ausencia de recurso contra tales decisiones no afectaría al derecho fundamental a la libertad desde el instante en que media una resolución judicial constitucionalmente apta para la restricción de aquel derecho; pero quizá convenga insistir en que, salvo el derecho a la revisión de las condenas por un tribunal superior, no existe un derecho fundamental de acceso a los recursos, de forma que el TC ha reiterado en este aspecto su nivel de configuración simplemente legal.

La cuestión radica, por ello, en si las disposiciones legales han articulado este recurso.

El núcleo regulatorio de la libertad o prisión provisional se instala en el Capítulo III dedicado a la prisión provisional, Título VI sobre citación, detención y prisión, del Libro II sobre el sumario.

Aunque no son disposiciones generales comunes, es significativo que el art. 763 LECrim. aluda a ellas como “reglas generales”: *“El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley”*.

Estas reglas generales sobre prisión o libertad provisional disponen que *“Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa”* (art. 502 LECrim.).

Y contra tales decisiones siempre cabe Recurso de apelación según el art. 507.1 LECrim.: *“Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión*

*provisional o acuerden la libertad del investigado o encausado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766”.*

Es decir que la designación del órgano y tipo de resolución apelables viene determinada por los arts. 502 y 507.1 LECrim., que autorizan tal recurso contra todas las decisiones sobre prisión o libertad provisional que cualquier juez o tribunal adopte en cualquier clase de procedimiento (porque son reglas generales).

La remisión que el art. 507.1 LECrim. hace al art. 766 LECrim. se limita al procedimiento, los trámites con qué sustanciar el recurso de apelación, tal y como especifica la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre: *“En lo que respecta a los recursos frente a las resoluciones sobre prisión o libertad provisionales, el artículo 507 trata de simplificar y acelerar su tramitación, al disponer que en todo caso la apelación se sustancie por los cauces del artículo 766, esto es, a través de las normas del recurso de apelación del procedimiento abreviado”.*

Y por la importación o absorción que es fruto y efecto de la remisión, las normas sobre tramitación del recurso de apelación, pero no el resto, pasan a integrar las reglas generales sobre la prisión y libertad provisional aplicables a cualquier tipo de procedimiento, con lo que aquella alusión específica al Juez de lo Penal en el art. 766.1 LECrim. parece carecer de virtualidad cuando se trata de prisión o libertad provisional.

De esta forma resulta que, conforme a las reglas generales sobre prisión o libertad provisional, en cualquier clase de procedimiento, el juez o tribunal que conozca de la causa puede adoptar medidas cautelares de índole personal, susceptibles de apelación, a sustanciar por los trámites del procedimiento abreviado, para la que también resulta competente -en su caso- la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, según el art. 73.3 c) LOPJ: *“El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes”.*

## **6.- COMPETENCIA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS**

Es importante remarcar que el art. 9 LECrim., inserto en las disposiciones generales comunes, establece que a la competencia para el conocimiento de la causa le será automáticamente inherente la



competencia para sus incidentes (lo que incluye las medidas cautelares) y para la ejecución de la sentencia, lo que en definitiva no resulta más que una prohibición de dividir la continencia de la causa.

#### A/ Ejecución de las sentencias.

Los arts. 985 y 986 LECrim. todavía siguen estableciendo (porque injustificadamente conservan su primigenia redacción) que la competencia para ejecutar las sentencias corresponde al “*órgano que haya dictado la que sea firme*” o “*al que hubiese pronunciado la sentencia casada*”.

Ambas referencias, obedientes al proceso de única instancia al que atañían, deben ser necesariamente interpretadas de forma conjunta, la una por la otra, de modo que el órgano que ha dictado la sentencia de única instancia la ejecutará cuando haya ganado firmeza o ejecutará la dictada en casación, y así lo ha venido entendiendo de antiguo y pacíficamente la doctrina<sup>12</sup>.

Es por ello indudable que la última reforma debió modificar los ahora obsoletos arts. 985 y 986 LECrim. (que responden a una inexistente única instancia), y aplicado el mismo régimen previsto para los casos de doble instancia.

Porque cuando la LECrim. ha regulado los procesos de doble instancia para los juicios de faltas, la competencia para ejecutar las sentencias ha quedado deferida al “*órgano que haya conocido del juicio*” y no “*al que haya conocido en apelación*” (art. 984 LECrim.).

En idéntico sentido el último párrafo del art. 846 bis d) LECrim., donde se regula la doble instancia para las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado, ordena la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se declare firme la sentencia y se proceda a su ejecución en los casos de deserción o renuncia al recurso, porque esta última es la competente para ejecutar la sentencia apelada.

Para el procedimiento abreviado, resulta perfectamente explicable que se haya mantenido la redacción del art. 784.5 LECrim. en que se ordena al órgano de fase intermedia (Juzgado de Instrucción) la “*remisión de lo actuado*” (de todo) al órgano competente para el

---

12.- AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE. “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Hijos de Reus, Editores. Madrid. 1914, págs. 617 a 624.

enjuiciamiento (sea el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial), incluyendo las piezas separadas sobre medidas cautelares, porque las actuaciones son así remitidas en cada caso al órgano competente para dictar la sentencia de primera instancia, y en consecuencia también para la ejecución de la sentencia.

Así que *“Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado”* (art. 794 LECrim.), y por expresa disposición del nuevo art. 792 LECrim., que sí ha resultado modificado por esta reforma: *“Cuando no se interponga recurso contra la sentencia dictada en apelación los autos se devolverán al juzgado a los efectos de la ejecución del fallo.”*<sup>13</sup>

La cuestión es que compete ejecutar las sentencias penales al órgano que haya conocido del proceso y dictado la de primera instancia, tanto si es ésta la que ha ganado firmeza, cuanto la dictada en apelación o casación.

#### B/ Incidentes.

Y lo mismo cabe decir en cuanto a la competencia sobre los incidentes, incluidas las medidas cautelares, pues para preservar la continencia de la causa están automáticamente asimilados al régimen competencial de la ejecución (art. 9 LECrim.).

El art. 861 bis a) LECrim. sigue manteniendo el patrón correspondiente al anterior régimen de instancia única, y por ello señala que, al preparar el recurso de casación para ante el TS, corresponde a la Audiencia Provincial resolver lo pertinente en cuanto a la situación del reo o las responsabilidades civiles, y adoptar *“...en las mismas piezas los acuerdos procedentes durante la tramitación del recurso (de casación) para asegurar en todo caso la ejecución de la sentencia que recayere”*, lo que pone de manifiesto, nuevamente, que el órgano competente para ejecutar la sentencia es quien debe resolver las incidencias, así como adoptar las medidas cautelares y cuantos acuerdos sean procedentes para asegurar su ejecución.

---

13.- Y no se olvide que según el art. 846 ter, apartado 3: *“las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida (en el art. 934 LECrim. designado como “órgano que haya conocido del juicio”) y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso”* (en el art. 934 LECrim. referido *“al que haya conocido en apelación”*).

La cuestión es que esta norma tampoco ha sido adecuadamente acompañada al actual régimen de doble instancia ya que la preparación del recurso de casación corresponde ahora a la Sala Civil y Penal del TSJ.

Pero el silencio sobre el contenido de las actuaciones que deban remitirse al órgano de apelación (tanto con ocasión del recurso de apelación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, como a consecuencia del nuevo régimen general de segunda instancia penal), debe ser interpretado coherentemente con todo lo anterior, aun a falta de una disposición expresa y equivalente, pero actualizada, como la del art. 861 bis a) LECrim. donde se especifica el órgano que debe retener las piezas separadas.

En consecuencia parece procedente mantener que la competencia para ejecutar la sentencia que devenga firme (sea la recaída en primera o segunda instancia, sea una sentencia de casación) corresponde al órgano que dictó la de primera instancia, y que a ello se anuda automáticamente la competencia sobre las piezas separadas (situación personal y responsabilidad civil).