



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2015
Convocatoria de junio

***APELACIÓN FRENTE A
RESOLUCIONES DEFINITIVAS Y
DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA
PENAL***

***Appeal against definitive legal rulings and criminal
second instance right***

Realizado por ARCA Y GARCÍA, Carlos Miguel

Tutorizado por la profesora GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia
Departamento: Derecho Internacional, Procesal y Mercantil
Área de conocimiento: Derecho procesal

ÍNDICE

1. RESUMEN.....	pág. 4
2. INTRODUCCIÓN.....	pág. 5
3. RECURSOS FRENTE A LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO....	pág. 7
3.1 CUESTIONES GENERALES.....	pág. 7
3.2 EN EL PROCESO ORDINARIO.....	pág. 9
3.2.1 En la etapa intermedia.....	pág. 9
3.2.2 En la fase de juicio oral.....	pág. 10
3.3 EN EL PROCESO ABREVIADO.....	pág. 13
3.3.1 Autos de sobreseimiento dictados por el juez de instrucción o central de instrucción.....	pág. 13
3.3.2 Autos de sobreseimiento dictados por el juez de lo penal o central de lo penal.....	pág. 14
3.3.3 Autos de sobreseimiento dictados por la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional.....	pág. 19
3.4 VALORACIONES FINALES.....	pág. 20
4. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EL RECURSO DE APELACIÓN.....	pág. 20
4.1 POSIBILIDADES DE APELACIÓN SEGÚN EL PROCESO Y EL ÓRGANO COMPETENTE.....	pág. 21
4.1.1 En el proceso ordinario.....	pág. 22
<i>A) El recurso de casación como sustitutivo de la apelación.....</i>	<i>pág. 22</i>
<i>B) Reformas legislativas tendentes a la generalización de la doble instancia.....</i>	<i>pág. 27</i>

4.1.2 En el proceso abreviado y ante el Tribunal del Jurado.....	pág. 29
4.2 ¿VERDADERA SEGUNDA INSTANCIA?.....	pág. 30
4.2.1 Planteamiento de las cuestiones a tratar.....	pág. 30
4.2.2 El principio de inmediación y la repetición de prueba en la segunda instancia.....	pág. 32
4.2.3 La proposición de prueba ante hechos nuevos que no modifiquen la pretensión.....	pág. 37
4.2.4 Valoraciones finales.....	pág. 39
5. CONCLUSIONES FINALES.....	pág. 40
6. BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 43

ABSTRACT

Present work will show the study of the topic about the double instance right in the criminal proceedings, specially focused in the appeal against the definitive legal rulings that could appear in this kind of proceeding, such as dismissal with prejudice legal rulings and sentences. In order to get that, first of all it is going to be analyzed the critical points about the different proceedings regulation of the dismissal with prejudice legal rulings; secondly it is going to be studied if criminal procedural law in Spain recognize the double instance right, because it does not exist in all criminal proceedings the typical way of claiming against the sentences in first instance, the appeal; and finally the work is going to be focused in the regular elements of the appeal in order to discover if it has got the requirements and guarrantees of a real second instance.

RESUMEN

Este trabajo abarcará el tema del derecho a la doble instancia dentro del proceso penal, centrándose especialmente en el recurso de apelación frente a las resoluciones definitivas que pueden producirse en este tipo de procesos, sean estas resoluciones los autos de sobreseimiento libre y las sentencias. Así pues, en primer lugar se analizarán los puntos controvertidos al respecto de la regulación que en los distintos procesos existe sobre el auto de sobreseimiento libre; seguidamente se tratará el cumplimiento o no del derecho a la doble instancia en el proceso penal, debido a la no existencia en todos los procesos del recurso que por naturaleza encarna este derecho, el recurso de apelación; y finalmente se estudiará el contenido del vigente recurso de apelación para determinar si efectivamente cumple con las exigencias y garantías que una segunda instancia requiere.

2. INTRODUCCIÓN

Imaginemos, por un momento, dos supuestos de hecho distintos, y los derroteros por los que sus respectivos procesos penales podrían discurrir. De un lado, una persona investigada como autora de homicidio en grado de autoría y tentativa, que por la existencia de agravantes se puede enfrentar a una pena de diez años de prisión. De otro lado, un veinteañero que para fardar con los amigos roba un coche de gama media-alta, y lo investigan en un proceso del que podría salir condenado a tres años de prisión. El acusado por homicidio es inocente pero la víctima está en coma y no puede declarar; el veinteañero no puede evitar comportarse como lo que es, habiendo cometido los hechos por los que se le acusa.

Ambos casos llegan al juicio oral. El acusado por homicidio en tentativa mediante un proceso ordinario por delitos graves; el veinteañero mediante un proceso abreviado.

En ambos casos el medio de prueba esencial para determinar la culpabilidad de los acusados es la prueba testifical, y además mediante testigo único. El testigo del caso del homicidio en tentativa ha sido coaccionado por el verdadero autor del intento de homicidio, de manera que miente descaradamente en la práctica de la prueba, pero su testimonio es totalmente convincente, tanto que fundamenta la condena del inocente. El testigo del robo del coche es coaccionado a su vez por el veinteañero, interpretando una actuación magistral para convencer al juez de lo penal de que el veinteañero no robó ese coche, tanto que fundamenta una sentencia absolutoria. Tanto el inocente sometido a la injusticia de ser declarado culpable de homicidio en tentativa, como el Ministerio Fiscal (MF en adelante) en el caso del robo, pretenden recurrir.

El condenado tiene la única vía del recurso de casación, y además tiene que convencer a la sala II del Tribunal Supremo (TS en adelante) de que entre a valorar nuevamente la prueba testifical, toda vez que descubre la coacción a la que se vio sometido el testigo. El alto tribunal, fiel a sus principios de interpretación restrictiva de la posibilidad que le otorga la ley de revisar nuevamente los hechos, desestima el recurso y no entra a revisar la valoración que de la prueba testifical ha hecho la Audiencia Provincial (AP en adelante). En vista de que no hay otro motivo que pueda

alegar el inocente, deviene firme la sentencia de instancia y el acusado resulta condenado a diez años de prisión.

El MF sí puede recurrir en apelación la sentencia, debiendo la AP valorar la prueba testifical de nuevo porque así se solicita. Descubre el defensor de la legalidad la coacción a que se vio sometido el testigo de descargo, y le ofrece protección si declara lo contrario en la vista de la apelación. El recurrente se acoge a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC en adelante) para solicitar la repetición de esta prueba testifical, pretensión que es denegada por parte de la sección penal de la AP al no estar permitida esta posibilidad de prueba por el art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr en adelante). Sin otro fundamento para este recurso, la revisión de la valoración de la prueba de instancia hecha por la AP, ante la magnífica interpretación del testigo, confirmó la sentencia de instancia y la injusticia cometida en este supuesto.

A pesar de que es clara la exageración del supuesto, y que hasta en el más perfecto de los sistemas se pueden cometer injusticias como las planteadas, en el sistema procesal penal español hoy en día es más patente la imposibilidad de modificar un fallo de instancia, ya que no existe un recurso de apelación cuando el órgano enjuiciador es la AP o la Audiencia Nacional (AN en adelante), y donde sí existe este recurso, es discutible que estemos ante una verdadera segunda instancia procesal, toda vez que no se admite la repetición de pruebas en la vista de la apelación.

Sobre estos asuntos versa el presente trabajo, que pretende abordar aspectos que, desde mi punto de vista, son de gran relevancia para el derecho procesal penal, como son el régimen de recursos ante autos de sobreseimiento libre, y más en general, el derecho a la doble instancia penal y el recurso de apelación como su máximo exponente.

3. RECURSOS FRENTE A LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO

3.1 CUESTIONES GENERALES

En este primer apartado del estudio sobre el régimen de los recursos en el proceso penal, voy a centrar mi atención en las únicas resoluciones jurisdiccionales distintas de las sentencias, pero que en el proceso penal pueden tener los mismos efectos, siendo por tanto autos definitivos. En concreto me refiero a los autos de sobreseimiento, resoluciones definitivas que producen el efecto negativo de cosa juzgada material, y que pueden ser dictados por el juez de instrucción, por el juez de lo penal, por la AP (y sus homólogos centrales), e incluso por el magistrado presidente del Tribunal del Jurado (TJ en adelante), cada uno de ellos en sus respectivos ámbitos competenciales, como se verá en las próximas líneas.

Lo anterior permitirá deducir al lector que en este punto, así como en el resto del trabajo, desarrollaré los problemas que se plantean al estudiar los recursos frente a resoluciones definitivas, en ningún caso interlocutorias, lo cual deja al margen, en este momento del análisis, a los autos de sobreseimiento provisional, también llamados autos de archivo, en los cuales se da por concluido el procedimiento, sin perjuicio de que no se produce el efecto de cosa juzgada y el mismo puede volver a ser incoado en el futuro¹. La distinción entre resolución definitiva o interlocutoria no es trivial, ya que determinará el régimen de recursos que puede caber².

Lo dicho no impide que, aunque estemos en un supuesto de sobreseimiento provisional, por el hecho de que en el futuro nunca se dé el caso de reapertura del procedimiento, en términos prácticos un archivo de este tipo pueda asemejarse al sobreseimiento libre, ya que las causas por las que se pueden reabrir unas actuaciones que fueron sobreseídas de forma provisional no es una cuestión de "*meros*

1 Pese a la ausencia de regulación respecto de los efectos en materia de cosa juzgada que contiene la LECr en lo que al sobreseimiento provisional se refiere, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, primera edición, Navarra 2012, p. 676.

2 Así, en el proceso ordinario frente a un sobreseimiento provisional no cabe ningún tipo de recursos, al estar vedado el de casación por el art. 848 LECr. Por su parte, en el proceso abreviado sí cabe recurso de apelación, por la previsión genérica que hace el art. 766.1 LECr, la cual no es contradicha por ninguna norma especial.

voluntarismos", sino algo basado en hechos "*nuevos y distintos*", que evite una suspensión "*indefinida e ilimitada*" algo inadmisibles en un estado de derecho.³

En todo proceso penal, independientemente del nombre que se le dé por la regulación legal, existe lo que la doctrina ha denominado como la etapa o fase intermedia, momento procesal encaminado a decidir si procede continuar hacia la fase del juicio oral o si, por contra, procede el sobreseimiento, bien de forma provisional (mediante auto de sobreseimiento provisional), bien de forma definitiva (a través de auto de sobreseimiento libre). Esta posibilidad de archivo, no obstante lo dicho anteriormente, también cabe, de forma particular, una vez finalizado el sumario (proceso ordinario por delito grave -arts. 666-679 LECr-) o las diligencias previas, e incluso las urgentes (tanto en uno como en otro se siguen los cauces normativos del proceso abreviado en esta fase -art. 786.2 LECr-), al inicio del juicio oral, en las llamadas cuestiones previas al juicio oral.

En las sucesivas líneas, desarrollaré un análisis de las controversias, posibles incoherencias legislativas, y posturas a nivel doctrinal y jurisprudencial que han tenido lugar, y lo siguen haciendo a día de hoy, en referencia a los recursos frente a los autos de sobreseimiento libre. El mismo se centrará en los procesos en los que, vista la regulación existente, se plantean problemas a los que tanto la doctrina como la jurisprudencia intentan dar solución, omitiendo por tanto los que no presenten complicaciones en ese sentido.

3 SEGRELLES DE ARENAZ, I., "Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales", *Cuadernos de política criminal*, núm 54, 1994, pp. 1.053-1.056. Y en la misma línea, la STC 34/1983, de 6 de mayo.

3.2 EN EL PROCESO ORDINARIO

En el proceso ordinario por delito grave, el sobreseimiento libre puede tener lugar, principalmente, en la etapa intermedia, a tenor de los arts. 634 y ss de la LECr, preceptos en los que se establecen los motivos por los que puede tener lugar⁴. Sin embargo, una vez abierto juicio oral, en la fase de los artículos de previo pronunciamiento, cuyo régimen jurídico está en los arts. 666 y ss del citado cuerpo legal, en caso de que se estimara alguna de esas excepciones procesales de carácter insubsanable⁵, también procede el sobreseimiento libre.

Por lo expuesto, conviene realizar el estudio relativo a los autos de sobreseimiento libre en el proceso ordinario por delito grave diferenciando en qué momento procesal se produce, ya que los problemas que se plantean son distintos en función del caso.

3.2.1 En la etapa intermedia

Para empezar a describir los problemas que pueden surgir en esta fase del proceso penal, es preciso definir la competencia funcional para conocer de la fase intermedia en el proceso ordinario, y así determinar quién estimará, en su caso, la procedencia del sobreseimiento libre. Esta competencia la ostenta la AP o la AN, toda vez que ya se le han remitido las actuaciones una vez concluidas las diligencias de investigación por el juez de instrucción o central de instrucción (art. 622 LECr).

Establecida la competencia, que será de gran relevancia en cada punto del análisis, se ha de acudir al art. 636 LECr, que de forma clara y coherente con lo que en general sucede en el proceso ordinario por delito grave, prescribe el recurso de casación como el único que cabe contra este auto en este momento procesal.

En un momento posterior de este trabajo se desarrollará la necesidad de que en el proceso penal exista la posibilidad de una segunda instancia frente a cualquier resolución de carácter definitivo (como lo es el sobreseimiento libre). De momento solo

4 Esta regulación sirve como base para los demás procesos, bien mediante aplicación supletoria, bien a través de remisión expresa, como sucede en el art. 782.1 LECr dentro del proceso abreviado o en el art. 32.1 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado

5 Recordemos que, *numerus apertus* a pesar de la literalidad del precepto, en la línea de GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal...* cit., pp 717-719, junto con la STS de 15 de abril de 2000, son motivos insubsanables la prescripción, la cosa juzgada, la amnistía y el indulto, entre otros.

resta aducir que no existe contradicción entre lo que entienden los autores, lo que establece el código, y el régimen de impugnaciones vigente para el proceso ordinario, toda vez que el único recurso que cabe frente a las sentencias en este proceso es el de casación, en virtud de lo prescrito en el art. 847.b) LECr. Y en concreto, frente a los autos de carácter definitivo, el art. 848.I LECr, del tenor de "*contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso*" convalida al art. 636 LECr, que establece que "*contra los autos de sobreseimiento sólo procederá, en su caso, el recurso de casación*", indicando esta vía, la del recurso de casación, como la única posible.

No deja de resultar paradójico que en procesos en los que se ventilan responsabilidades por delitos de menor gravedad que en el proceso ordinario por delitos graves (delitos con penas máximas de prisión de más de nueve años -art. 757 LECr-), con carácter general, existe el derecho a la segunda instancia, mediante su procedimiento natural, el recurso de apelación. Y mientras eso sucede, en el proceso ordinario la única opción de impugnación que existe, y si se dan las circunstancias que lo permiten (se verá) es el recurso de casación. A la espera de que se regule la segunda instancia para las resoluciones dictadas por la AP y la AN, no hay más que denunciar lo que a mi juicio y de gran parte de la doctrina, es una incoherencia de nuestro sistema procesal penal. Se tiene la esperanza de que el vigente proyecto de ley de reforma de la LECr, que se encuentra finalizando su tramitación en el Congreso, generalice este derecho a la segunda instancia, si finalmente se aprueba en los términos en los que fue presentado.

3.2.2 En la fase de juicio oral

Como ya hemos mencionado anteriormente, la regla general es que los autos de sobreseimiento libre se dicten en la fase intermedia de este proceso. Sin embargo, a raíz del análisis de los artículos de previo pronunciamiento, en caso de ser estimados los que supongan un defecto insubsanable del proceso, dicha admisión podría generar una resolución del mismo tipo (sobreseimiento libre) por parte de la AP o AN, órganos que,

al igual que se estableció para el caso de la etapa intermedia, son los competentes para conocer de estas incidencias.

Sin embargo, al contrario que la relativa homogeneidad que existe en el caso anterior, en éste el art. 676 III LECr expresamente prevé el recurso de apelación contra estas resoluciones de los tribunales mencionados, recurso el cual, con carácter general, se atribuye para su conocimiento a la propia AP o AN. En este punto empieza la polémica, cuando en el año 1995, con la LO 5/1995 por la que se crea el proceso ante el TJ, dicha ley incorpora el citado apartado III del art. 676 LECr, y, para lo que aquí interesa, el art. 846 bis a) LECr, el cual también de forma literal prevé el recurso de apelación "*para los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley*". Este recurso de apelación, conectando el precepto anterior con el art. 846 bis a), habría de ser de conocimiento de las salas de lo civil y penal actuando como sala de lo penal de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ en adelante).

A pesar de la aparente claridad que para el problema mencionado trajo consigo este precepto, que a su vez da luz a posteriores modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante)⁶ para habilitar al TSJ al conocimiento del recurso de apelación frente a cualquier resolución definitiva de las AAPP, lo cierto es que la polémica sigue viva. Y lo está, en primer lugar, porque nada se dice para los supuestos en los que dicho auto de sobreseimiento libre es dictado por la sala de lo penal de la AN, para lo cual cabría utilizar la ya creada sala de apelación del mismo tribunal, que está inoperativa por falta aún de una regulación para la tramitación de la apelación en estos casos⁷. Y en segundo lugar, porque en el año 1998, mediante acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS, de 8 de mayo, este alto tribunal determinó que la redacción de esos dos preceptos de esa forma fueron un "*lapsus del legislador*"⁸, estableciendo literalmente que "*el actual art. 676 LECr, tras su modificación por Ley 5/95 de 22 de mayo, debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO 5/95 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de este ámbito procesal el recurso que corresponde es*

6 LO 19/2003.

7 Este problema sigue a día de hoy sin solución, sin perjuicio de las expectativas trae el mencionado vigente Proyecto de Ley de modificación de la LECr, sobre el que trataré más adelante.

8 Esta expresión la utiliza, entre otros muchos, el ATS 5.238/2012.

el de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo a través de lo dispuesto en el art. 848 LECrim".

Independientemente del valor que se haya de otorgar, así como de la vinculación que tengan los acuerdos del pleno no jurisdiccionales de la sala II del TS⁹ para los jueces y magistrados, lo cierto es que resoluciones jurisdiccionales del mismo alto tribunal, entre las que me permito reseñar las SSTs 918/98, la 2.217/2001, la de 25 de febrero de 2003, la de 22 de enero de 2004, la de 30 de junio de 2005, así como el ATS de 30 de diciembre de 1999, corroboran, aunque siendo discutible la motivación que ofrecen, el contenido de dicho acuerdo y por tanto la interpretación que de dichos artículos ha de hacerse acorde con la jurisprudencia.

En definitiva, y a modo de conclusión, en los supuestos en que se estime algún artículo de previo pronunciamiento de los del art. 666 LECr, a pesar de la literalidad del art. 676 III del mismo cuerpo legal, la jurisprudencia, así como la doctrina,¹⁰ ha determinado que el recurso que cabe, en su caso, es el de casación.

9 Tanto MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC 10-02, 2008; como IÑIGO CORROZA, E. Y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 101-115 refieren, a mi juicio de forma correcta, que los acuerdos de sala del TS, que tienen contenido no jurisdiccional, pueden resultar útiles para fijar posiciones doctrinales sobre temas controvertidos que susciten la doctrina, las instituciones jurídicas o los tribunales inferiores, pero que, en tanto no se incorporen como jurisprudencia, en al menos dos sentencias del mismo tribunal, y siempre con motivación suficiente (porque los acuerdos en sí son decisiones de autoridad y no de racionalidad, y por consiguiente sin ningún tipo de motivación), de forma que no solo se remitan al contenido del acuerdo, en ese momento ejercerán una vinculación del mismo tipo que la propia jurisprudencia del TS, la cual, dicho sea de paso, en ningún caso puede suponer, de no ser seguida por el mismo tribunal o inferiores, sanción distinta de la posible revocación de la resolución "desobediente", siempre que la opción elegida por dicho tribunal sea razonada y motivada. Lo que en ningún caso ha de ser aceptado es que el acuerdo, en sí mismo, pueda ser vinculante y su falta de seguimiento sancionable, como pretende hacer ver el acuerdo de 18 de julio de 2006, porque ello iría en contra del art. 264.2 LOPJ, entre otros muchos, que proclaman la independencia del poder judicial, la cual se vería conculcada si se entiende que los citados acuerdos funcionan como instrucciones más que como lo que deben ser, meras recomendaciones.

10 Así lo da por sentado GIMENO SENDRA, V., *Derecho Proc...* cit, p. 840.

3.3 EN EL PROCESO ABREVIADO

En este proceso, al igual que en el ordinario por delitos graves, existen dos momentos procesales en los que se pueden plantear cuestiones que impidan de forma insubsanable la continuación de la causa y por tanto que originen que el juzgador dicte un auto de sobreseimiento libre. Estos momentos son la etapa intermedia, o de "preparación del juicio oral"¹¹; así como al inicio del juicio oral, en el que se pueden, en virtud del art. 786.2 LECr, plantear objeciones del mismo estilo de las del art. 666 LECr, del tenor de *"lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones..."*, y que en caso de ser estimadas provocarían también la declaración del sobreseimiento libre.

A partir de aquí, puesto que el régimen y los problemas que se pueden plantear son distintos en cada caso, realizaré el estudio de forma diferenciada.

3.3.1 Autos de sobreseimiento dictados por el juez de instrucción o central de instrucción

En efecto, tal y como se puede deducir del título de este apartado, el órgano competente para dictar, en su caso, el auto de sobreseimiento libre en la fase de instrucción del proceso abreviado, tal y como se desprende del art. 14.2º LECr, es el juez de instrucción del lugar de comisión de los hechos; o en el caso de los delitos del art. 65 LOPJ, el juez central de instrucción. Partiendo de esta base, y a falta de estipulación en contrario del capítulo en el que se regula esta fase del procedimiento, el art. 766 LECr establece, con carácter genérico para todo el proceso abreviado, que frente a los autos del juez de instrucción (como es este caso) cabe recurso de apelación. De este recurso conocerá la sección penal que corresponda por reparto de la AP o la sala de lo penal de la AN, tal y como prescriben el art. 766 LECr y los arts. 65.5º y 82.2º LOPJ.

Es importante volver a aludir, siquiera de forma breve, la incoherencia del sistema de recursos del derecho procesal español reflejada en el hecho de que, en

¹¹ Artículos 780 a 784 LECr..

procesos en que se conoce de delitos menos graves, como el abreviado, cabe con carácter general el recurso de apelación, bien ante la AP, bien ante la sala de lo penal de la AN. Sin embargo, en el proceso ordinario, como hemos podido advertir anteriormente y que tramita delitos más graves, el único recurso que cabe, si se dan los requisitos que veremos en su momento, es el de casación, el cual es de carácter tasado y por motivos determinados¹². A pesar de lo dicho, las incoherencias no solo se refieren al proceso en el que nos encontremos, sino que, como especificaré en las sucesivas líneas, la posibilidad de interponer un recurso de apelación tanto frente a los autos de sobreseimiento libre como frente a las sentencias judiciales, no depende del proceso en el que nos encontremos sino, antes al contrario, del órgano jurisdiccional que sea competente para conocer de la situación funcional de que se trate.

Ya entrando en la máxima expresión del sinsentido en la comparativa entre el régimen de recursos de los distintos procesos, es de rigor siquiera plantear la situación originada a raíz del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS de 9 de febrero de 2005, en la que se habilita, si se dan las circunstancias que en el mismo se recogen, a recurrir en casación ante el TS el auto de la AP en el que se resuelve un recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento libre dictado por el juez de instrucción en el proceso abreviado¹³.

3.3.2 Autos de sobreseimiento dictados por el juez de lo penal o central de lo penal

Hemos de situarnos, en este punto del proceso, en las cuestiones previas al juicio oral, tal y como prevé el art. 786.2 LECr, y en un proceso en que se conozcan hechos constitutivos de delitos con penas de prisión de hasta cinco años, o de otros derechos hasta diez años, ámbito propio del juez de lo penal o central de lo penal (art. 14.3º LECr). En este momento procesal, el juez permite a las partes plantear el equivalente a los artículos de previo pronunciamiento del art. 666 LECr para el proceso ordinario por delitos graves, cuestiones que en caso de ser insubsanables, obligarían al juzgador a

¹² Ver *infra* 3.2.1 a).

¹³ Siguiendo el hilo de la nota 5, este acuerdo del pleno de la sala segunda del TS ha sido asumido y seguido por el mismo tribunal, si bien en la mayor parte de los casos para inadmitir recursos de casación contra autos de sobreseimiento confirmados en apelación, acogiendo y dando por válidos los supuestos en los que el TS en dicho acuerdo entiende que cabe este recurso extraordinario, sirviendo como muestra las SSTS 396/2011 de 12 de mayo; la 827/2007 de 25 de octubre; y los AATS de 13 de diciembre de 2010, de 13 de enero de 2009, de 13 de marzo de 2009 y de 2 de julio de 2013.

dictar bien un auto de sobreseimiento libre en el acto, bien un acuerdo con motivación sucinta que luego será desarrollado en la sentencia¹⁴. En el primer caso se paralizaría la continuación del juicio oral y del proceso en sí, decretando su archivo definitivo, con efectos de cosa juzgada.

La situación anterior plantea un problema sobre el que nos detendremos en este momento. Así, si el juez de lo penal desestima las cuestiones previas que se planteen, el art. 786.2 LECr impide (excepción a la regla general del art. 766 LECr) que se interponga recurso alguno, "*sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia*". Y, como bien establece el art. 790 LECr, el recurso (con la polémica repetida si se compara con el proceso ordinario) que cabe frente a esa sentencia es el de apelación ante la AP o la AN. La literalidad del precepto (cuyas implicaciones en caso desestimatorio de la cuestión esta vez sí son coherentes con nuestro sistema procesal y de recursos) no ofrece dudas respecto a que, en toda lógica con la celeridad, la concentración y la unidad de acto que se persiguió en su día creando el procedimiento abreviado, la decisión del juzgador tomada en el acto que suponga una negativa a la pretensión de la parte que la plantea plantea, no puede ser recurrida sino cuando se dicte la sentencia resolutoria del proceso, siempre elevando la oportuna protesta.

El problema, que en los últimos años ha planteado pronunciamientos diversos por parte de la jurisprudencia (incluso del TS), está en el caso de que el juez de lo penal estime la cuestión y por tanto el proceso se encuentre viciado de nulidad o condenado al archivo. Y es que el art. 786.2 LECr parece claro cuando establece que "*frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia*", pero se olvida de que, en caso de que sea estimatoria la misma, no hay cabida a una sentencia que pueda ser recurrida con base en ello, porque el proceso acabaría con ese auto de sobreseimiento. En este punto se ha de acudir a la doctrina, la cual en ocasiones omite esta cuestión, remitiéndose a la literalidad del precepto, pero que en general es clara al entender que el ámbito en el que se mueve el citado art. 786.2 LECr es el de la desestimación de las cuestiones previas, ya que es en este contexto en el que se podrá elevar la oportuna protesta para posteriormente recurrir la sentencia que en su día se

14 Entre muchas, la STS 485/2000.

dicte, basando el recurso en la errónea desestimación de esa excepción procesal o material que en cualquier caso habría de extinguir el proceso. Por el contrario, en el supuesto de que sí se estime dicha cuestión previa, y siendo el competente el juez de lo penal, hemos de acudir a la remisión genérica que todo el proceso abreviado hace al art. 766 LECr, y entender que el recurso que cabe es el de apelación ante la AP o la AN.

Opinión contraria a esta interpretación del precepto es la de CORTÉS BECHIARELLI¹⁵, que se acoge al principio de *in dubio pro reo* y niega incluso la posibilidad de que el tribunal en esas cuestiones previas pueda dictar auto de sobreseimiento, sino que en cambio debe, bien desestimar de plano la alegación planteada, bien postergar la decisión al momento de la sentencia.

Pero en una postura que se sitúa en la línea de la jurisprudencia de los años 2000, está la doctrina general, defendida por ROMERO PRADAS¹⁶ y más recientemente por GÓMEZ COLOMER¹⁷, a favor de la tesis planteada anteriormente, de manera que realizando una interpretación sistemática del precepto en comparación con su análogo para los artículos de previo pronunciamiento en el proceso ordinario, el art. 676 III LECr, y desde el punto de vista de que hasta ese precepto cualquier auto de sobreseimiento dictado en el proceso abreviado es susceptible de recurso devolutivo, debe caber la posibilidad de recurrir en apelación o casación, si hay estimación de la cuestión previa y emisión de auto de sobreseimiento libre.

La solución ofrecida no es en absoluto pacífica, ya que a finales de los años noventa y a principios del nuevo milenio los pronunciamientos jurisprudenciales se enfocaban en la línea de que *al no indicar la norma nada al respecto, contra la decisión del Tribunal no cabe otro recurso que el que se dé en su momento contra la sentencia*¹⁸. Y así, la STS 485/2000, siguiendo la doctrina que, según la misma menciona, el ATS de 30 de noviembre de 1989 empezó a establecer en su momento, pretende generalizar los efectos que el actual art. 786.2 LECr despliega, de manera que entendía la

15 CORTÉS BECHIARELLI, E., "Acerca de la procedencia del recurso de casación en supuestos de sobreseimiento libre acordados en el procedimiento abreviado", *Actualidad penal*, núm 1, 2003, pp. 215-232.

16 ROMERO PRADAS, M., *El sobreseimiento*, Tirant lo blanch, primera edición, Valencia 2002, pp. 344 a 346.

17 GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, 21ª edición, Valencia 2013 (con MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), p. 259.

18 STS 584/1995.

jurisprudencia¹⁹ del momento que, tanto si se estima que concurre, como si se deduce que no lo hace dicha excepción procesal o material invalidante del proceso en que se alegue, se prohíbe recurrir de forma separada del resto del proceso dicha decisión judicial, la cual no podría en ningún caso finalizar el proceso en dicho acto mediante auto de sobreseimiento libre, sino que debe proseguir y suponer, en su caso, una sentencia absolutoria, porque, como bien dice la sentencia mencionada, *"la decisión que se adopte no tiene por qué constar necesariamente en forma de Auto, pudiendo revestir la forma de un simple acuerdo debidamente documentado en las actuaciones. Pero, en todo caso, el contenido de esta decisión no puede desgajarse de la sentencia que definitivamente se dicte, ya que no nos encontramos ante compartimentos estancos que eviten la debida comunicación entre ambas decisiones"*.

Afortunadamente a mi juicio, esta doctrina jurisprudencial se ha ido matizando conforme ha ido avanzando el tiempo, y ya más recientemente, si bien es cierto que en referencia únicamente a la excepción material de la prescripción, se ha establecido por diferentes Audiencias y también por el TS, que cuando esta cuestión previa planteada al inicio del juicio oral en el proceso abreviado sea tan evidente que no sea necesario ni tan siquiera suspender el juicio oral en esta fase para deliberar al respecto y acordar, vía auto, lo procedente, cabe dictar el sobreseimiento libre sin necesidad de proseguir con la celebración del juicio oral, y así archivar las actuaciones de forma definitiva en ese momento²⁰. Como ejemplo más reciente y clarificador del cambio en este sentido, la SAP Asturias 354/2014 aducía que *"de la doctrina jurisprudencial acotada se desprende que invocado el instituto de la prescripción en el acto del juicio oral, en fase de cuestiones previas, el juez puede optar o bien por dictar auto resolviendo la cuestión previa planteada y poniendo anticipadamente fin al procedimiento o bien diferir su resolución al momento de dictar sentencia tras la celebración íntegra del plenario"*. Esta sentencia refleja el cambio en la jurisprudencia, y crea tendencia hacia una admisibilidad de cerrar el proceso sin celebrar la práctica de la prueba del juicio oral, cuando la cuestión previa alegada sea totalmente clara y no deje lugar a dudas, y por tanto cabiendo un recurso, en este caso en el que el competente es el juez de lo penal o central de lo penal, de apelación ante la sección penal o sala de lo penal de la AP o AN,

19 Las SSTS 584/1995, 485/2000; la SSAP Asturias 215/2002, de Barcelona de 7 de abril de 2003, junto al ATS de 30 de noviembre de 1989.

20 SAP Asturias 354/2014, y SSTS de 24 de mayo de 2012, de 9 de diciembre de 2010, la 511/2011.

según su ámbito competencial.

Como conclusión a este apartado, conviene expresar mi postura relativa a la interpretación que del art. 786.2 LECr ha de hacerse. Y la misma, como he ido adelantando anteriormente, es la propia de la doctrina y de la última línea jurisprudencial citada, que va en el sentido de que la prohibición de recurrir que proclama el precepto analizado debe entenderse respecto de las desestimaciones o las postergaciones para decidir en la sentencia sobre las cuestiones previas que se planteen al inicio del juicio oral. Esta prohibición ha de dejarse al margen en cuanto a las decisiones estimatorias que en el acto se adopten y que supongan un sobreseimiento de las actuaciones, las cuales, tal y como con carácter general permite el art. 766 LECr, son recurribles en apelación.

Y es que, recordando lo dicho en el apartado anterior, la ley de foma literal estableció el recurso de apelación por primera vez para el proceso ordinario contra la decisión respecto de los artículos de previo pronunciamiento de carácter insubsanable, pero la jurisprudencia, al hilo de la siempre discutible figura del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS, entendió que se trataba de un error del legislador, y *"allí donde nada dice la ley"* sin embargo sí determinó que el recurso de apelación no era procedente, sino el de casación en su caso. Pues bien, con la misma coherencia hemos de entender que, aunque el art. 786.2 LECr establezca con carácter general la imposibilidad de impugnación de las decisiones que tome el juzgador en esta fase previa al juicio oral en sentido estricto, el mismo se ha de interpretar, en aras de la economía procesal, de la pretendida celeridad de los procesos abreviados, de la propia seguridad jurídica y de cualquier lógica procedimental, en el sentido de que cuando la excepción que se plantee (en general por la defensa de la parte acusada) sea plenamente verosímil y totalmente apreciable sin mayor complejidad de debate, pueda suponer la finalización del proceso mediante auto de sobreseimiento, el cual, congruentemente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ha de poder ser recurrido en apelación ante el superior jerárquico que corresponda (AP o AN).

Lo que no tiene ningún sentido, a mi modo de ver, es que, situándonos en el panorama descrito en el párrafo anterior, se tenga que practicar toda la prueba que se haya admitido, con el coste económico, de tiempo y la inseguridad que puede ello

suponer, para que finalmente se adopte una decisión justificada en el defecto invalidante del proceso alegado como cuestión previa al juicio, que, en sí, tiene todo el peso para anular el procedimiento, con independencia de lo que de la prueba se pudiera determinar. Se me plantea el supuesto de práctica innecesaria de la prueba en proceso en el que luego va a ser absuelto el acusado por el defecto procesal o material que se apreció al inicio del juicio y que, tras estimarse dicha cuestión previa, impide al juzgador valorarla.

3.3.3 Autos de sobreseimiento dictados por la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional

Hemos de remitirnos a lo ya expuesto en este análisis en apartados anteriores, en referencia a la posibilidad de recurso, el tipo de recurso que cabría en su caso, y el órgano competente para conocer del mismo, en los casos en los que, en la fase de cuestiones previas del juicio oral cuando se estén enjuiciando delitos castigados con penas de más de cinco años de prisión o de más de diez de otra naturaleza, por tanto dentro del proceso abreviado y siendo competente funcionalmente la sección penal correspondiente de la AP o la sala de lo penal de la AN. Y es que es el mismo art. 786.2 LECr el que regula la posibilidad de recurso en estos casos (analizada la situación en el apartado anterior); y es el recurso de casación el que, tal y como se ha explicado anteriormente, cabría en su caso contra dichas resoluciones estimatorias de las cuestiones previas que se plantearan, hasta tanto no se produzca la ansiada generalización de la segunda instancia penal; y el órgano competente en cualquier caso para el conocimiento de dicho recurso sería la sala segunda del TS.²¹

21 En un sentido acorde con la literalidad de la LECr, y por tanto desoyendo lo establecido en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS de 9 de febrero de 2005 ya comentado, GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Juris...* cit. p. 259, acude al art. 846 bis a) II LECr para entender que el recurso que cabe es el de apelación ante el TSJ. Pero apoyando la tesis de que el recurso que ha de caber es el de casación por aplicación supletoria de la regulación del proceso ordinario, como ya se comentó es reciente la doctrina del TS que viene admitiendo recursos, solo en casos de prescripción, frente al sobreseimiento dictado en las cuestiones previas del juicio oral en el proceso abreviado. Y en estos casos, si el enjuiciador es la sección penal de la AP, como dice la STS 511/2011, procede el recurso de casación.

3.4 VALORACIONES FINALES

A modo de resumen y conclusión de este apartado de análisis de los recursos que caben contra los autos de sobreseimiento en el proceso penal, he de poner de manifiesto que las cuestiones más polémicas y que han generado mayores pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales se dan en la etapa intermedia del proceso ordinario por delitos graves, y en las cuestiones previas al juicio oral dentro del proceso abreviado, estando el panorama para el resto de casos más o menos claro desde el punto de vista de lo que dice la norma y de la valoración que de la misma hacen los operadores jurídicos.

Dentro del proceso ordinario, y como una pequeña muestra de las razones que hacen urgir la regulación de una verdadera segunda instancia en este proceso (a lo que dedicaré el siguiente apartado de este trabajo), el análisis se ha planteado desde el punto de vista de la existencia de un único recurso posible frente a los autos de sobreseimiento dictados la AP o la AN, incluso cuando de la literalidad de la LECr se pudiera entender que dentro de la etapa intermedia y en relación con los artículos de previo pronunciamiento, cabría un recurso de apelación (tasado, especial, pero de apelación) ante la sala de lo civil y penal actuando como sala de lo penal del TSJ. Lo anterior ha traído como cuestión aledaña la vinculación y validez que los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS tienen, si bien en la práctica la jurisprudencia los viene acatando sin oposición.

Ya pasando al proceso abreviado, el eje central del estudio fue el art. 786.2 LECr el cual, de su tenor literal, parece dejar sin cabida recurso alguno frente a la estimación de una cuestión previa al juicio oral, con los problemas de ineficacia que, a mi juicio, pueden tener lugar. Ello me ha llevado a la conclusión, apoyado en la doctrina mayoritaria y en la más reciente jurisprudencia, de que no en todos los casos lo que se decida respecto de las excepciones materiales o procesales que se planteen en esta fase, está imposibilitado de ser recurrido, debiendo caber algún medio de impugnación. Estos recursos han de ser la apelación (si el órgano enjuiciador es el juez de lo penal o central de lo penal), o la casación (si lo es la AP o la AN), cuando se estime, sin mayor dificultad probatoria por su evidencia, un artículo de previo pronunciamiento puesto de manifiesto en esta etapa del proceso abreviado.

4. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EL RECURSO DE APELACIÓN

Llegando a la segunda parte de este trabajo, corresponde tratar el tema del derecho a la segunda instancia en el derecho procesal penal español. Para ello, dedicaré los siguientes apartados a analizar la cuestión relativa a la consideración de que recurrir una sentencia penal ante un órgano superior distinto con carácter de segunda instancia, sea entendido como un derecho de carácter constitucional extraído del art. 24.2 CE.

Entendido que sí al menos respecto de los condenados, a raíz de numerosa jurisprudencia de tribunales internacionales que consagra este derecho a la luz de tratados internacionales de los que España es parte (concretamente el Pacto por los derechos civiles y políticos de Nueva York -PIDCyP en adelante- y el Convenio europeo de derechos humanos -CEDH en adelante-), reflexionaré sobre la implantación de este derecho en nuestro país, amén de dar por sentado que el recurso que por definición debe suponer un segundo grado de jurisdicción es el de apelación, en el sentido de si se cumplen estas exigencias internacionales al intentar que sea el recurso de casación el que haga las veces de segunda instancia.

Y finalmente, como punto culminante de esta segunda y última parte del trabajo, describiré y comentaré la regulación del vigente recurso de apelación, para determinar si el mismo realmente supone una segunda instancia o si por el contrario es solo un nombre que no encuentra ese contenido en su articulado, como siempre toda vez analizada la opinión doctrinal y jurisprudencial al respecto, apuntando mis conclusiones sobre ello.

Todo lo dicho lo pondré en relación con la recientemente frustrada propuesta de Código Procesal Penal, que introducía cuestiones de gran relevancia para la materia que aquí interesa, así como con el vigente proyecto de ley de reforma de la LECr, que parece, esta vez sí, que introduce la tan esperada por la doctrina generalización de la segunda instancia penal.

4.1 POSIBILIDADES DE APELACIÓN SEGÚN EL PROCESO Y EL ÓRGANO COMPETENTE

El recurso de apelación se configura en el ordenamiento jurídico procesal español como el recurso de carácter ordinario por excelencia. Es un medio de impugnación, entendiendo a los recursos como medios de impugnación en su concepción amplia, que cabe contra resoluciones interlocutorias y definitivas siempre que así lo prevea la regulación. Para encontrar su regulación en lo que se refiere a las sentencias culminadoras de procesos penales, debemos acudir a los arts. 790 y ss de la LECr (para el proceso abreviado), donde se establece que *"la sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente"*; y a los arts. 846 bis a) y ss del mismo cuerpo legal (para el proceso ante el TJ), del tenor de que *"las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, serán apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma"*.

4.1.1 En el proceso ordinario

A) El recurso de casación como sustitutivo de la apelación

Nuestra LECr, en su redacción originaria y buscando la plenitud del principio de oralidad, de intermediación y de implantación del TJ, estableció un modelo de recursos en el que, habiendo prácticamente un único proceso -el equivalente a nuestro vigente proceso ordinario por delitos graves-, el órgano competente conocía en única instancia, cabiendo de forma restrictiva solamente el recurso de casación, con las limitaciones en cuanto a lo tasado que un recurso extraordinario supone, al entender que repetir un juicio mediante una segunda instancia era imposible por las exigencias de intermediación, repetición de prueba, conformación de nuevos jurados, etc²². Sin embargo, conforme fueron avanzando la técnica y las necesidades de garantías de los tutelados por la

22 En concreto y respecto de los procesos ante el Tribunal del Jurado, una de las razones para no implantar una segunda instancia era la búsqueda de dar autoridad al veredicto como manifestación de la soberanía popular directamente representada por los miembros del jurado y su decisión. Apoyando esta teoría, PÉREZ MANZANO, M., "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento de la doble instancia penal", *La Ley*, 2006, núm. 4, p. 1.757.

justicia, y se fue implantando en toda Europa la idea de una doble instancia penal que permitiera corregir los errores que, como seres humanos que son los que los conforman, pueden cometer los órganos de instancia, en las sucesivas reformas que se hicieron a nuestra LECr, entre otras para configurar procesos más modernos que agilizaran el trabajo de los jueces y tribunales en asuntos menos graves (el proceso abreviado y más recientemente el de juicios rápidos), se fue incorporando el recurso de apelación como ordinario frente a las sentencias que pusieran fin a la primera instancia.

Sin embargo, el originario proceso ordinario siguió (y sigue) sin medio de impugnación ordinario que controle las decisiones que adopta la AP o la AN en sus respectivos ámbitos competenciales, únicamente cabiendo, en su caso y conforme al art. 847 LECr, el recurso de casación. Ya se ha denunciado en este trabajo la incoherencia que supone que en procesos por los que se conoce de hechos constitutivos de delitos menos graves, e incluso leves, se permita el acceso de los agravados por la sentencia que ponga fin a los mismos a un recurso de apelación, y que por contra en el proceso por el que se enjuician delitos graves (más de nueve años de prisión) no se prevea ningún tipo de recurso ordinario. Pues dicha incoherencia se ve agravada por la consideración del derecho a la doble instancia en el ámbito penal como parte esencial de un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.2 CE. Y es que así lo reconoce, bien es cierto que solo como un derecho del condenado y no del resto de partes, el art. 14.5 del PIDCyP de Nueva York de 1966, cuando prescribe 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"*, y mucho más recientemente el protocolo número 7 del CEDH de 1984, que España ha ratificado en el año 2009, que en su art. 2 dispone que *"toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior"*. Ambos tratados internacionales, además de formar parte de nuestro derecho interno, deben informar e influir en la interpretación de nuestra carta magna y nuestras leyes (art. 10.2 CE), máxime en lo que a los derechos fundamentales se refiere.

En vista de este panorama, desde siempre el TC ha intentado remediar la situación determinando que, mediante una flexibilización de la restrictividad con que en general han de apreciarse los motivos alegados en un recurso de casación, el mismo haga las veces de una segunda instancia a efectos prácticos, intentando así cumplir con las exigencias internacionales. Y lo ha hecho así ya que la solución contraria, ante la inexistencia de segunda instancia en sentido estricto para el proceso ordinario, sería declarar toda esa parte de la regulación procesal penal inconstitucional. En este sentido se pronuncia, entre otras muchas, la STC 37/1988, de 3 de marzo, al determinar, por las razones que ahora explicaré, que *"en nuestro ordenamiento cumple tal función en determinados supuestos el recurso de apelación", "...,"y permite asimismo que dentro del ordenamiento jurídico en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un tribunal superior"*.

Y es que no cabe duda, ni por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia, de que el derecho a recursos no es un derecho fundamental, que exigiera ser reconocido en todo caso ante cualquier sentencia de instancia, sino que es un derecho de configuración legal, de manera que será el legislador el que decida cuándo reconoce la procedencia de recurso en un caso, pudiendo por tanto (sin llegar a desnaturalizar el derecho y hacerlo irreconocible) limitarlo en otros. Pero tampoco está en duda que, en el caso del derecho procesal penal y en virtud de los textos internacionales y numerosa jurisprudencia del TEDH, y en sentido estricto siendo esto solamente aplicable a los condenados, los mismos tienen derecho al acceso a la revisión íntegra de su caso por un tribunal superior²³. Lo que sí cuestiona el TC, y por tanto mantiene la vigencia de nuestra LECr en ese sentido, es que ese acceso a un tribunal superior, para cualquier perjudicado por la sentencia de instancia, no tiene que ser necesariamente adoptando la vía del recurso de apelación, por tanto doble instancia, sino que lo único que exigen las citadas normas internacionales es el acceso a un órgano superior, dejando libertad a los estados para

23 Se planteó mucho tiempo la cuestión relativa a un absuelto en primera instancia que, posteriormente y a consecuencia de un recurso de apelación o de casación, resulte condenado, el cual no tendría derecho a ulterior recurso, en relación con una posible vulneración de ese apartado 5 del PIDCyP. Sin embargo, al menos en lo que a Europa se refiere, ese problema lo resuelve el art. 2.2 del protocolo 7 de la CEDH, que establece que el derecho a que el condenado vea revisada íntegramente su causa por un tribunal superior se exceptúa *"haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución"*.

establecer la regulación que consideren oportuna²⁴. Y así ha dejado claro el TC en la jurisprudencia citada anteriormente, que una interpretación flexible de los motivos por los que se puede acudir a la casación permitiría cumplir con las exigencias descritas.

Conviene precisar cuáles son las sentencias recurribles en casación, y cuáles los motivos citados que permiten el acceso a este recurso. Para ello acudimos al art. 847 LECr, que es del tenor de que *"procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia; y b) las sentencias dictadas por las Audiencias (provinciales o nacional) en juicio oral y única instancia"*, precisando, en lo que aquí interesa, una interpretación del motivo de infracción de ley en el art. 849.2º del mismo cuerpo legal, de manera que habría infracción de ley *"cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios"*.

Vista la postura del TC en este aspecto, es importante decir que no es compartida

24 En este sentido, la STC 70/2002, de 3 de abril, recoge toda la doctrina de este alto tribunal, en este sentido: *Nuestra jurisprudencia respecto de la cuestión del doble grado de jurisdicción se inicia con la STC 42/1982, de 5 de julio (RTC 1982, 42), y puede concretarse en los siguientes puntos: 1) El mandato del art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, «obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento» (STC 42/1982, de 5 de julio, F.3; en el mismo sentido, integrándolo en el derecho a un proceso con todas las garantías, SSTC 76/1982, de 14 de diciembre [RTC 1982, 76], F.5; 30/1986, de 20 de febrero, F.2; 133/2000, de 16 de mayo [RTC 2000, 133], F. 3; 64/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 64], F.5, entre otras muchas). 2) De la lectura del art. 14.5 PIDCP «se desprende claramente que no se establece propiamente una “doble instancia”, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un “Tribunal Superior”, sumisión que habrá de ser conforme “a lo prescrito por la Ley”, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades» (STC 76/1982, de 14 de diciembre, F.5). 3) El mandato del art. 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, F.3; 51/1985, de 10 de abril [RTC 1985, 51], F.3; 30/1986, de 20 de febrero, F.2), el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo («requiere del intérprete el entendimiento más favorable a un recurso de este género de las normas procesales», STC 60/1985, de 6 de mayo [RTC 1985, 60], F.2), que permita «apurar las posibilidades del recurso de casación» (STC 140/1985, de 21 de octubre [RTC 1985, 140], F.2). Por tanto hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal «cumple en nuestro Ordenamiento el papel de “Tribunal superior” que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos», y que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y «en el sentido más favorable para su eficacia» (STC 123/1986, de 22 de octubre [RTC 1986, 123], F.2). Y más recientemente, la STC 13/2014, de 30 de enero.*

la misma de forma pacífica desde el punto de vista de la doctrina, y todo lo contrario ha establecido la doctrina del TEDH y del Comité de derechos humanos de la ONU al respecto.

Así, mientras que TAPIA FERNÁNDEZ entiende que, si bien lo lógico es que las reformas inaplicadas por incompletas se culminen y la segunda instancia se generalice, la regulación actual de la casación funciona como sustitutivo y cumple con las exigencias internacionales²⁵; por su parte CALDERÓN CUADRADO²⁶ y PÉREZ MANZANO²⁷ entre otros, no solo manifiestan la conveniencia de culminar estas reformas que han quedado a medias, sino que proclaman la urgencia de ello, máxime cuando España ya ha ratificado el protocolo número 7 al CEDH reseñado anteriormente, que entienden más exigente en algunos puntos que el art. 14.5 PIDCyP y muy forzada su compatibilidad con que la casación haga las veces de segunda instancia. Por su parte GIMENO SENDRA entiende inconcebible que, mientras que en el proceso civil cabe la apelación frente a prácticamente todas las sentencias, se niegue la misma para los delitos más graves en el proceso penal, lo cual en su opinión es una muestra del *"dogma de la única instancia en lo penal"*²⁸.

Y siguiendo esta línea, el Comité de derechos humanos de la ONU ha emitido multitud de resoluciones condenatorias a España por su falta de cumplimiento tanto con el art. 14.5 PIDCyP como con el antiguo art. 6.5 CEDH, ahora art. 2.2 del protocolo número 7²⁹. Como muestra y motor impulsor de las posteriores basta hacer referencia al dictamen de 20 de julio de 2000 -caso Gómez Vázquez contra España-, según el cual *"el Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14*

25 TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia penal: presente y futuro*, Civitas, Navarra 2011.

26 CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Valencia 2005, pp. 161-195.

27 PÉREZ MANZANO, M., "La reforma de la..." cit., pp. 1.751-1.770.

28 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Còlex, tercera edición, Madrid 1999, p. 80.

29 Siguiendo este precedente están los casos J. Semey contra España de 30 de julio de 2003, M. Sinerio Fernández contra España de 7 de agosto de 2003, J.M^a Alba Cabriada contra España de 1 de noviembre de 2004, y A. Martínez Fernández contra España de 29 de marzo de 2005.

del Pacto".

Desde mi punto de vista, una vez estudiados los argumentarios expuestos, debo mostrar mi coincidencia con la postura del Comité de derechos humanos de la ONU y de gran parte de la doctrina, en el sentido de entender que la actual regulación del proceso penal en materia de doble instancia roza la inconstitucionalidad, ya que para los hechos constitutivos de delitos más graves la única opción de recurso que se tiene es la de la casación, para lo cual habría que depender de que, a la hora de estudiar la admisión a trámite del mismo, el TS opte por interpretar en sentido amplio los arts. 847 y ss LECr para dar cabida a que cualquier discoformidad justificada con la sentencia de instancia sea recurrible en casación. Ello, en relación con lo restrictivo que de por sí es el alto tribunal debido a la saturación de trabajo que tiene por falta de medios; con la comparativa del régimen de recursos penales y civiles, que permite la apelación en casi todos los casos en el proceso civil; con la incoherencia ya tan denunciada respecto del resto de supuestos en el proceso penal sí susceptibles de apelación siendo asuntos menos graves; y que la voluntad del legislador de principios de milenio marcó el camino a la segunda instancia generalizada, hacen que sea inaplazable, aunque se trate de un parche más a nuestra LECr (necesitada más bien de una revisión completa), que el vigente proyecto de ley de reforma de la LECr salga adelante, y no se quede en el camino como los demás de los que trataré brevemente en las sucesivas líneas.

B) Reformas legislativas tendentes a la generalización de la doble instancia

Si bien es cierto que el Comité de derechos humanos de la ONU no tiene ningún mecanismo para hacer efectivas sus resoluciones, y por tanto la fuerza de las mismas es más bien de reproche moral o político, lo cierto es que a consecuencia de ellas, y a pesar de que el TC, como se ha visto, sigue defendiendo la constitucionalidad del régimen vigente, desde el año 2003 se han venido sucediendo reformas de ley y proyectos frustrados en el último momento tendentes a esta generalización de la segunda instancia.

Haciendo un breve repaso histórico es conveniente mencionar aquí la LO 19/2003, que crea la sala de apelación de la AN, atribuyéndole competencias para los recursos que se interpongan contra sentencias de la sala de lo penal de la AN; y que

también le da competencias a la ya creada pero prácticamente vacía de ellas sala de lo civil y penal de los TSJ para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por las secciones penales de las AAPP.

Estas reformas, para poder ser llevadas a la práctica, requieren de la elaboración, siquiera por remisión a los ya creados, de sus respectivos procedimiento para la tramitación de la apelación en la LECr, para lo cual solo es necesaria la aprobación de una ley ordinaria, y no orgánica como la citada 19/2003. Por ello, a la par que se tramitaba la ley orgánica mencionada, se daba al gobierno un plazo de un año para la presentación de un proyecto de ley ordinaria que estableciera la necesitada regulación para la tramitación de la apelación en estos casos, y se estaba procediendo de esta forma con dicho proyecto, el cual, paradójicamente y con el cambio de legislatura, no llegó a ver la luz. Mismo destino corrieron los proyectos de 2007 y de 2013 (este último de Código Procesal Penal), más ambiciosos al pretender una completa renovación de la regulación procesal penal. Y ni siquiera se plantearon esta cuestión la ley 13/2009 y las demás que han reformado la LECr, con lo que el mandato del legislador de 2003 sigue pendiente más de doce años después. Todas las pretendidas reformas finalmente no aprobadas iban en la línea de crear un recurso de apelación similar al establecido para cuando la sentencia la dicta el juez de lo penal conforme a los arts. 790 y ss LECr, si bien este procedimiento existente habría de ser modificado también, en aras de una verdadera segunda instancia penal, como analizaré más adelante.

Parece intentar, al menos en el sentido de una generalización del segundo grado jurisdiccional, el objetivo marcado en 2003, el todavía vigente proyecto de ley de reforma de la LECr, el cual en este sentido, sin mayores pretensiones, introduce un nuevo apartado ter al art. 846 LECr, estableciendo por remisión a los arts. 790 y ss LECr un procedimiento para la apelación frente a las sentencias de las secciones penales de la AP y de la sala penal de la AN. Aparte de ello, modifica ligeramente estos artículos a los que se remite, de lo que trataré más adelante.

En cualquier caso, y salvo que en el trámite parlamentario se modifique, la disposición adicional única de este proyecto de ley establece la imposibilidad de incremento en costes de personal ni de retribuciones. Esta cláusula de cierre hace inviable que la sala de apelación llegue a funcionar, puesto que no tiene dotación de

material ni de personal, al ser una sala que solo existe en el papel como consecuencia de la LO 19/2003. La situación es más salvable, aunque igualmente inasumible a medio plazo, para la apelación ante la sala de lo civil y penal del TSJ, puesto que esta sala sí tiene personal, el cual, como se dijo anteriormente, está bastante descargado de trabajo puesto que los asuntos que en materia penal llegan a la misma son reducidos³⁰.

4.1.2 En el proceso abreviado y ante el Tribunal del Jurado

Antes de proseguir con el análisis es necesario recordar que en el proceso abreviado pueden ser competentes para el enjuiciamiento dos tipos de órganos jurisdiccionales: por una parte, para el conocimiento de los hechos constitutivos de delitos penados con hasta cinco años de prisión, o hasta diez de otro tipo de derechos, son competentes órganos unipersonales, los jueces de lo penal o los jueces centrales de lo penal (art. 14.3º LECr); por su parte, para los delitos castigados con penas de hasta nueve años de prisión, han de conocer órganos colegiados, como son las secciones penales de la AP o la sala penal de la AN (art.a 14.4º I LECr), en todo caso siempre dentro del proceso abreviado. Y en cuanto al proceso ante el TJ, la línea general es que el competente sea este TJ constituido en el ámbito de la AP correspondiente, siempre que se trate de hechos constitutivos de los delitos señalados en el art. 1 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado (LOTJ en adelante).

Teniendo claras las atribuciones competenciales, el problema, de la misma forma que para el proceso ordinario, está cuando el órgano competente es colegiado. Y es que los recursos permitidos y la competencia funcional de los mismos no dependen tanto del proceso de que se trate, como del órgano jurisdiccional que dicte la sentencia de primera instancia. De esta forma, dentro del proceso abreviado, cuando el competente es el juez de lo penal o central de lo penal, sin ningún tipo de problemas acudimos al art. 790.1 LECr, que abre la vía del recurso de apelación contra sus sentencias. Y cuando el competente sea el TJ, dicha sentencia siempre será apelable ante la sala de lo civil y

30 Ya aludió GIMENO SENDRA, V a este problema de la falta de medios que prevé la DA única, en intervención del día 13 de mayo de 2015 en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con motivo de informar sobre los vigentes proyectos de ley orgánica y de ley ordinaria de modificación de la LECr, advirtiendo de la saturación a la que se van a ver sometidos estos dos órganos en pocos meses si no se les da medios personales en aras de sobrellevar el aluvión de recursos que recibirían una vez aprobada la reforma. <http://goo.gl/GgGSpN>.

penal actuando como sala de lo penal, del TSJ, en virtud del art. 846 bis a) LECr.

Por lo demás, el problema vuelve a surgir respecto de las sentencias dictadas por la AP o por la AN, ante lo que basta remitirnos a lo ya dicho sobre el derecho a la doble instancia y el pobre sustitutivo que supone el recurso de casación.

4.2 ¿VERDADERA SEGUNDA INSTANCIA?

4.2.1 Planteamiento de las cuestiones a tratar

Determinada la necesidad de una segunda instancia en el proceso penal, y asumiendo que lo deseable es que ese papel lo desempeñe el recurso de apelación, corresponde ahora adentrarnos en la regulación de este medio de impugnación para descubrir bajo qué configuración este recurso es una verdadera segunda instancia, y si la actual regulación cumple con esos requisitos deseables, valorando a su vez los distintos proyectos de ley fracasados (especialmente el borrador de Código Procesal Penal), junto con el vigente proyecto de reforma de la LECr. Para ello, centraré el análisis en el único proceso en el que se recoge la ordenación de este recurso frente a sentencias, el proceso abreviado en sus arts. 790-793 LECr. En estos preceptos se contiene en general la apelación, aplicable de forma supletoria o por remisión directa en aquellos otros procesos donde se prevé este medio de impugnación (procesos de faltas, de enjuiciamiento rápido, y de menores).

Bien es cierto que el proceso ante el TJ contiene un recurso regulado en el art. 846 bis y sus respectivos apartados, que lo único por lo que merece ser mencionado en este momento es porque se hace llamar de apelación, pero que tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en entender que no es propiamente un recurso de este tipo, al establecer unos motivos tasados para poder acceder al mismo propios de una casación, y que por tanto no son objeto de interés del presente trabajo y no será analizado más que a través de alguna referencia breve.

Así pues, precisado el ámbito de análisis conviene centrar el foco en aquellos aspectos de la apelación que hacen cuestionar su carácter de segundo grado de

jurisdicción. Lo cual es necesario porque, en primer lugar y a pesar de que el art. 790.2 LECr establece una serie de motivos por los que se puede impugnar en apelación una sentencia, del tenor de "*quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico*", y que ello se pudiera en un inicio interpretar como propio de un recurso extraordinario del tipo de la casación (o de la apelación ante el TJ), lo cierto es que parece complicado argüir motivos distintos a los señalados en el citado precepto, de manera que es pacífico considerar que, en este extremo, la apelación no deja de ser una segunda instancia³¹.

Tampoco se discute el hecho de que, a pesar de estar ante un recurso de apelación, no se celebre de forma automática (sino previa petición justificada o apreciación de oficio) vista oral en la segunda instancia, cuando hay aspectos de la prueba que no son impugnados por el recurrente, ciñéndose el recurso y la posibilidad de celebración de vista a que existan puntos controvertidos en la valoración de la prueba por parte del juzgador en primer grado, lo cual a mi juicio va en pro del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y no vulnera en absoluto los principios de inmediación y publicidad, ya que en caso de que se pida la celebración de vista es normal que se admita (art. 791.1 LECr)³². Así pues, a modo de ejemplo, sigue constituyendo una segunda instancia el recurso de apelación en el que no se celebra vista puesto que lo único que se discute es la interpretación de la norma que ha hecho el juzgador de instancia, estando conforme la parte perjudicada por la sentencia con la valoración de la prueba y con los hechos que el primer pronunciamiento ha dado por probados³³.

Así las cosas, los aspectos más relevantes que, desde mi punto de vista, ponen en tela de juicio que sea una verdadera segunda instancia nuestro recurso de apelación, son la posibilidad de repetición de la prueba personal, en relación con el principio de inmediación; junto con la de proponer prueba nueva, más allá de los casos del art. 790.3

31 Sirva de muestra CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit., p. 97.; junto con GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Cóllex, cuarta edición, Madrid 2014, p. 515.

32 En este sentido CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit. p. 250; junto con la SAP Alicante 29/2005, de 12 de enero.

33 A pesar de que puede haber la celebración de vista si así lo considera necesario el juzgador de apelación conforme al art. 791.1 *in fine* LECr, no deja de ser una postura discrecional, que incluso habiéndose propuesto prueba nueva puede rechazar el tribunal de forma motivada. Por tanto más patente es que, si no se propone la práctica de prueba nueva ni se discute la valoración de las ya practicadas en la instancia, lo normal es que no se celebre vista oral, sin desvirtuar el carácter de segunda instancia de la apelación en este extremo. De acuerdo con ello, CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit., pp. 249-253.

LECr. Sobre esto desarrollaré las sucesivas líneas.

4.2.2 El principio de inmediación y la repetición de prueba en la segunda instancia

Como se ha introducido antes, para que se cumpla con el principio de inmediación en sentido estricto y por tanto se celebre una vista como trámite dentro del recurso de apelación, es necesario que, o bien se vaya a practicar prueba, o bien se considere necesario para fundar la convicción del órgano de apelación. En el escenario de que se va a practicar prueba, el art. 790.3 LECr prescribe literalmente como únicas opciones para ello *"las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia", "...,"las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y", "...,"las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables"*, lo cual deja claro que, con la actual regulación procesal no es posible la repetición de prueba personal (principalmente interrogatorio de testigo o de parte) en la segunda instancia, resultado que ha dado lugar a uno de los puntos de discusión doctrinal y jurisprudencial más importantes de la historia reciente en este ámbito.

Antes de analizar lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aducido al respecto, conviene mentar otros preceptos que se introdujeron con la ley 13/2009, de 3 de noviembre, siendo éstos los arts. 743 y una reformulación del art. 791.1 LECr. En ellos se prevé la posibilidad de que, siempre que los medios tecnológicos del órgano jurisdiccional lo permitan, las actuaciones y la práctica de la prueba en la primera instancia se recojan en un *"soporte apto para la reproducción del sonido y de la imagen"*, y que por tanto, en fase de recursos, *"si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario Judicial señale día para la vista"*. Esta medida había sido planteada por parte de la doctrina con anterioridad como un reclamo lógico, debido, entre otros motivos, a la ya plena existencia y normalidad de la misma en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante)³⁴, y una vez en vigor alimentó más el debate sobre la necesidad de celebración de vista y repetición de la prueba personal en el segundo grado.

34 GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 647, pp. 1.773 y ss

Desde el punto de vista jurisprudencial, el año 2002 supuso un antes y un después en la percepción que nuestros altos tribunales tienen sobre este asunto. Y es que con anterioridad, el TC venía admitiendo, con carácter general, que el tribunal de apelación (la AP o la AN) revisara y corrigiera, sin que la regulación permitiera una repetición y por tanto ésta no tuviera lugar, la valoración de la prueba realizada en la instancia. Como muestra de esta consolidada doctrina está la STC 26/1997 de 14 de octubre, al disponer que *"el argumento relativo a la alegada falta de inmediación del Tribunal ad quem también debe rechazarse de acuerdo con nuestra doctrina toda vez que, como se ha declarado recientemente en un supuesto muy semejante, no se vulnera tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción",...*, *"aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal"*³⁵.

Pero todo cambió a raíz de la STC 167/2002, pronunciamiento derivado de la doctrina que sobre la materia estableció el TEDH³⁶, en el que hay que tener en cuenta la consideración de que se trataba de un supuesto en el que había un acusado absuelto en primera instancia que posteriormente es condenado sin repetición de la prueba, la cual se valora de forma distinta en la apelación. Teniendo claro el escenario, el TC en esta sentencia deja patente que hay siempre que conjugar el principio de publicidad, de inmediación y de contradicción, con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, para luego hacer suya la doctrina del TEDH al entender que *"no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas"*, con lo cual establece la obligatoriedad, al menos cuando estamos ante supuestos de absueltos que luego son condenados en la apelación, de la repetición de la prueba personal cuando es con base en ella que se produce el cambio de criterio³⁷. Sin embargo,

35 Junto con esta ya derogada doctrina, destacan las SSTC 124/1983, 23/1985, 102/1994, 157/1995.

36 Sirvan como ejemplo las SSTEDH de 16 de mayo de 1988, Ekbatani contra Suecia; de 8 de febrero de 2000, Cooke contra Austria; y de 25 de julio de 2000, Tierce contra San Marino.

37 Este cambio de jurisprudencia ha sido acogido por multitud de pronunciamientos del mismo tribunal y de AAPP, como por ejemplo las SSAP Barcelona 513/2011, sección 20ª, de 20 de junio; Ourense 296/2009, sección 3ª, de 14 de julio; Madrid 250/2006, sección 16ª, de 19 de abril; y las SSTC 19/2010, 144/2009, 132/2009 entre otras.

puesto que la interpretación que realiza el TC se ciñe solo a este tipo de supuestos, y no a otros en los que, por ejemplo, se confirma una absolución sin repetir la prueba personal³⁸, el art. 790.3 LECr no ha sido declarado inconstitucional³⁹, sino que ha de interpretarse de la manera antes señalada por el TC, con los problemas de seguridad jurídica que ello conlleva, y el aluvión de sentencias condenatorias hacia España por parte del TEDH por no tener este extremo regulado.

En definitiva, es criterio jurisprudencial consolidado el que solo en el caso de sentencias absolutorias de instancia que, con base en la prueba personal provocan una condena en apelación, es necesaria la repetición de las mismas de manera que se pueda escuchar nuevamente al acusado o testigos esenciales para determinar la revocación de dicha sentencia del primer grado. Por contra, cuando estemos ante supuestos de condena y posterior absolución, así como de confirmación de la sentencia de instancia, no será necesaria esta repetición de prueba, y la AP o AN puede optar por una valoración distinta de la prueba personal que hizo el órgano de primera instancia, sin que haya arbitrariedad, pero sin cumplir estrictamente con el principio de contradicción e inmediación, pudiendo utilizar la fórmula contenida en el art. 791.1 LECr de reproducción de la práctica de la prueba en el juicio oral mediante los medios electrónicos de imagen y sonido; es decir, mediante una intermediación indirecta⁴⁰.

La situación no está del todo clara si pasamos a analizar la opinión de la doctrina más autorizada en este ámbito del derecho, que coincide con la jurisprudencia más elevada en la necesidad de conjugar los principios ya mencionados de un proceso sin dilaciones indebidas y de la máxima inmediación y contradicción, pero no está tan de acuerdo en cómo hacer valer esa intermediación. De esta forma, en una posición favorable a la repetición de la práctica de medios personales de prueba, CALDERÓN CUADRADO entiende que, con requisitos de admisibilidad y respetando la necesaria eficiencia del sistema procesal, la repetición de la prueba personal esencial para el fundamento del fallo es una solución óptima y seguida por los ordenamientos alemán e italiano con total normalidad, siendo por su parte totalmente insuficiente el optar

38 STC 201/2012.

39 Criticando esta actitud del TC GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Apuntes para.." cit., pp. 1.773 y ss.

40 En este punto, lo que se exige es que la reproducción de lo grabado en el juicio oral pueda ser debatido en la vista de la apelación, de manera que haya cierta contradicción e inmediación, para que sea admitido por el TC, tal y como las SSTC 120/2009, 2/2010 y 80/2010 dejan claro.

únicamente por la reproducción de los interrogatorios celebrados en la instancia ya que el juzgador ha de encontrarse en una situación de coincidencia temporal y espacial respecto del interrogado, de manera que pueda no solo analizar lo que dice en el momento del interrogatorio, sino además observar su conducta, sus reacciones, y en definitiva, comprobar cuál de los testimonios es fiable, si es que alguno de los dos lo es⁴¹. Y aún más, esta posición doctrinal no se restringe únicamente a sentencias absolutorias que sean revisadas y produzcan una condena en apelación, sino a cualquier equivocación en la valoración de la prueba cometida por el juez de instancia a juicio del órgano de apelación, sirviendo como ejemplo GARBERÍ al expresar que *"si el derecho fundamental afectado es el derecho a un proceso con todas las garantías,..., es evidente que del mismo son titulares tanto las partes acusadas como las acusadoras (con lo que no cabe argüir como justificación de esa diferencia de trato la doctrina constitucional que proclama la inexistencia de derecho fundamental alguno a la obtención de una condena penal)"*⁴².

Y en otra opción doctrinal, bien contraria a la repetición de la prueba personal en apelación, bien conforme con la opción del legislador de que se reproduzca la prueba celebrada en el juicio oral y que ello sea suficiente inmediación para considerar al recurso de apelación como una verdadera segunda instancia, hay quien entiende que el derecho a la revisión del fallo asiste únicamente al condenado, y no a las partes acusadoras, con lo que ni siquiera sería necesaria la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, sino tan solo en ese extremo⁴³. Y desde el punto de vista contrario a la repetición de prueba, hay quien entiende que esta solución supondría un encarecimiento y un retraso aún mayor de los procesos judiciales, con lo que el cumplimiento con el derecho a un proceso resuelto en un plazo razonable sería totalmente utópico, además de que *"deteriora la primera instancia convirtiéndola en una instancia superficial al saberse los jueces irresponsables"* y, en concreto para las pruebas personales, *"convierte a testigos y acusados en iniciados"*⁴⁴.

41 CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit. pp. 72-74. En el mismo sentido, entre otros, MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, 21ª edición, Valencia 2013 (con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y BARONA VILAR, S.), pp. 387-388.

42 GARBERÍ LLOBREGAT, J. "Apuntes para la urgente..." cit., pp. 1.773 y ss.; y CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit. p. 81.

43 PÉREZ MANZANO, M., "La reforma de la Ley..." cit., p. 1.759.

44 A pesar de lo dicho anteriormente sobre GARBERÍ y la necesidad de equiparar una eventual reforma que permita la repetición de la prueba personal, avala la opción del legislador que se mantiene hoy

Como se ha ido dejando claro a lo largo de la exposición, el legislador no ha optado por modificar la LECr en el sentido que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria defienden, sino que se ha limitado a permitir la reproducción de los interrogatorios realizados en el juicio oral en el acto de la vista de la apelación. Una solución distinta de las planteadas hasta ahora se contenía en el fallido borrador de Código Procesal Penal, el cual hacía una distinción entre las sentencias condenatorias y absolutorias, imponiendo una serie de motivos por los que puede recurrir el condenado, distintos de los que puede argüir el acusador cuando vea desestimada su pretensión, por ejemplo por resultar absolutoria la sentencia de instancia. Y en un sentido similar, el vigente proyecto de ley de reforma de la LECr introduce un nuevo apartado al art. 790 LECr que establece restricciones a las partes acusadoras a la hora de recurrir en apelación, de manera que, más allá de ser permisivos y generalizar realmente la segunda instancia, a mi juicio se está atendiendo a la economía procesal, a la búsqueda de la descongestión de la administración de justicia, pero no por la vía de incremento de recursos económicos y personales (recordemos que la disposición adicional única del proyecto prohíbe este punto expresamente) sino de la limitación de los derechos de las partes del proceso penal.

Y es que, acorde con la vigente jurisprudencia constitucional, y yendo más allá de manera que se extienda tanto a las sentencias absolutorias como a las condenatorias en instancia, entiendo adecuado y perfectamente asumible, si le otorgamos al poder judicial el valor que ha de tener en cualquier sociedad democrática de derecho que se precie mediante la atribución de medios personales y materiales, que, siempre que sea necesario y sirva de fundamento del recurso de apelación que se interponga, tanto el condenado, como el acusador que recibe una sentencia absolutoria puedan discutir, con la máxima equiparación a la situación acaecida en la instancia, y sin dejar de valerse de los medios tecnológicos que permiten la reproducción de lo que sucedió en el juicio oral para su comparación, todo lo relativo a las pruebas personales practicadas en el primer grado. Lo contrario supondría una desproporcionada desigualdad ante situaciones que, desde mi punto de vista, por el hecho de ser distintas no merecen tal distinto trato,

vigente de la reproducción de las imágenes y sonidos del juicio oral en apelación como intermediación suficiente, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. "Apuntes para la urgente..." cit., pp. 1.773 y ss.; y como ejemplo de considerar que la segunda instancia ha de ser una instancia de control y no un doble convencimiento, PÉREZ MANZANO, M., "La reforma de la Ley..." cit., p.1.756.

máxime viendo el trato igual que sí se le da en otros órdenes, como en el proceso civil.

4.2.3 La proposición de prueba ante hechos nuevos que no modifiquen la pretensión

El eje de estudio de este último punto sigue centrado en el art. 790.3 LECr, pero desde otro punto de vista, como es la posibilidad de plantear, no ya la repetición, sino la práctica de pruebas nuevas que no supongan una modificación de la pretensión penal. Es importante recordar que en el ámbito civil, el recurso de apelación permite esta opción de propuesta de prueba respecto de hechos nuevos, en el art. 460.2.3º LEC, siempre que *"se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad"*.

Desde mi punto de vista, puede darse respuesta a este problema de diversas maneras. Por una parte, puede entenderse que, conforme a la legislación vigente y siguiendo la lógica con la que se viene considerando esta cuestión, no procede la proposición de prueba nueva, sin que ello suponga una merma a la condición de segunda instancia del recurso de apelación penal. Desde otro punto de vista, podría aducirse que cabe la consideración de esta hipótesis dentro del inciso de la LECr que admite la proposición de prueba que *"no pudo proponerse en la primera instancia"* (art. 790.3 LECr), atendiendo al hecho de que el que no existiera ese hecho nuevo hace, como no puede ser de otra manera, que no haya podido plantearse prueba al respecto. Y finalmente, que pese a que la regulación actual de la apelación no contempla esta posibilidad, al igual que la repetición de prueba es una reforma deseable desde cualquier punto de vista para garantizar que nuestro recurso de apelación sea un verdadero segundo grado de jurisdicción.

Ya la jurisprudencia indica que la interpretación que ha de hacerse sobre este precepto es restrictiva⁴⁵, con lo que en principio parece que intentar amoldar el precepto citado a hechos nuevos no es algo que agrade a nuestros juzgadores, los cuales

45 SSAP Madrid 439/2003, sección 3ª, de 19 de noviembre, Barcelona, sección 3ª de 6 de noviembre de 1997, Teruel 21/1997, sección única, de 31 de octubre.

entienden, en general, que el que no haya podido proponerse en primera instancia supone "*indisponibilidad para el proponente del concreto medio de prueba, desconocimiento absoluto o relativo respecto a su existencia o localización, y no sería suficiente una simple duda al respecto*"⁴⁶, refiriéndose claramente al supuesto del declarado rebelde no por causas imputables al mismo.

También es importante, como alude CALDERÓN CUADRADO, matizar los conceptos de hechos y medios de prueba nuevos⁴⁷. Los segundos parecen sí encajar en el tenor literal del art. 790.3 LECr, mientras que respecto de los primeros la situación es más confusa, no siendo viable en general por la doctrina ampararse en el ya muy mentado artículo para incorporar hechos nuevos en la apelación⁴⁸.

Se puede concluir en este apartado: que la no existencia de permisión en la ley no es óbice para que se realice una propuesta de *lege ferenda*, siendo prueba de ello la presión que con fuerza se hace tanto para solicitar la generalización de la segunda instancia penal como para pedir que se repita la prueba personal esencial para la revisión por mala valoración de los elementos fácticos en la vista de la apelación; que desde el punto de vista comparativo con el derecho procesal civil, al que también se aludió como motivo de denuncia respecto de la extensión de la apelación a todos los procesos, supone una incoherencia que un proceso que vela por intereses de menor importancia que la libertad humana permita la proposición de prueba sobre hechos nuevos y ello no sea admitido en el proceso penal; y que, en boca de parte de la doctrina, ya tenemos un precepto que abriría las puertas a que, basándonos en la prueba que no pudo proponerse en instancia, se puedan introducir nuevos hechos a probar que no sean constitutivos de pretensión penal.

Y habiendo valorado estas conclusiones, es clara desde mi punto de vista la viabilidad de poder practicar prueba sobre hechos novedosos en la segunda instancia. Sin embargo es preciso repetir que es necesario que los mismos solo sirvan de

46 CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit. pp. 124-125.

47 CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda...*, cit. p. 126.

48 Acompaña a CALDERÓN en este criterio GÓMEZ COLOMER, J.L., "Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal", *Poder Judicial*, 1998, núm 49, pp. 429-450. En una opinión propicia a la utilización de esta vía para introducir nuevos hechos está VARELA GÓMEZ, B., *El recurso de apelación penal: Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997, pp. 323-324.

complemento de la pretensión consolidada en las calificaciones definitivas al final del juicio oral, bien utilizando el inciso de "*no pudo proponerse en la primera instancia*" si se interpreta el mismo de una forma más flexible a como lo han estado haciendo los tribunales hasta el momento y la propia doctrina mayoritaria, bien modificando la ley en este sentido, siendo una oportunidad maravillosa el vigente proyecto de ley de reforma de la LECr. El mismo, sin embargo, parece ir por otros derroteros, más restrictivos en lo que a actividad probatoria en la apelación se refiere.

4.2.4 Valoraciones finales

Estudiados los puntos de la regulación del recurso de apelación que hacen cuestionarse su verdadero carácter de doble instancia, y asumiendo que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen criterios diferenciados respecto de la regulación ideal para nuestro sistema procesal, a modo de conclusión de este apartado puedo reseñar que es necesaria una reforma en ambos de los aspectos analizados.

Así, desde el punto de vista de la posibilidad de repetición de la prueba personal en la vista de la apelación, siquiera ha de permitirse esta práctica para los primeramente absueltos en la instancia, que puedan ser condenados en el segundo grado. Y ello para, como mínimo, ajustar el sistema procesal a las exigencias que, derivadas de pronunciamientos del TEDH, estableció el TC a partir de la STC 167/2002, jurisprudencia que ha sido seguida por infinidad de sentencias del propio TC y del TS. Todo ello sin perjuicio de que, a mi juicio y en concordancia con gran parte de la doctrina más autorizada, lo ideal sería que cualquier pronunciamiento que se pretenda revisar en apelación basándose en error en la valoración de la prueba personal requiera la repetición de dicha prueba en la vista de la apelación, para así cumplir de forma plena con los principios de inmediación, de contradicción y con el derecho a un proceso con todas las garantías, los cuales no son solo atinentes al que va a ser condenado en apelación después de haber sido absuelto, sino a cualquier persona que pretenda acogerse a su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Con todo, no deja de ser un punto positivo la reforma del año 2009, en la que se permite la reproducción en la segunda instancia de las grabaciones hechas en el juicio

oral como herramienta para fundar mejor la convicción del juzgador de apelación.

Y finalmente, para poder concluir que el recurso de apelación es una verdadera segunda instancia, y al igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos (véanse Alemania o Italia) así como en nuestro orden civil, es igualmente necesaria la reforma de la LECr en el sentido de dejar claro (para no tener que acudir a interpretaciones forzadas del art. 790.3 LECr) que se puede proponer prueba respecto de hechos nuevos que complementen, que no constituyan, la pretensión penal fijada en el juicio oral.

5. CONCLUSIONES FINALES

Después de analizados todos los puntos de este trabajo, respecto del derecho a la doble instancia y centrándome especialmente en el recurso de apelación, puedo concluir que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual desde su creación en 1882 ha sufrido numerosísimas modificaciones para intentar adaptarla a los cambios sociales, demográficos, y a los avances democráticos que supuso el siglo XX en toda Europa, ha degenerado en disfuncionalidades, incoherencias en sus distintos regímenes según el proceso en que nos encontremos, así como en violaciones de los textos internacionales, que siempre han de vincular e inspirar a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 10.2 CE.

El punto crítico, sobre el que giró todo el argumentario expuesto, es el derecho a la doble instancia penal, que tiene relevancia en el ámbito de todas las resoluciones definitivas (autos de sobreseimiento libre y sentencias) en los distintos procesos penales, en función de los cuales se puede deducir que existe este derecho, aunque de forma mejorable, o simplemente no existe.

Pero, paradójicamente, lo más destacable de este trabajo es que a medida que más necesaria es la protección de las partes procesales (especialmente del acusado), que se

ponen en juego la limitación de sus derechos fundamentales, existen menos garantías en materia de recursos. A medida que el proceso en el que nos encontremos requiere de más garantías, se reconocen menos derechos en materia de recursos. E incluso dentro de un mismo proceso, cuanto más grave es el delito al que haya que subsumir unos hechos a través de dicho procedimiento, existen menos garantías en cuanto a recursos se refiere.

Y es que el problema, como ya se ha indicado muchas veces en este trabajo, no es tanto el proceso en el que estemos, sino la condición unipersonal o colegiada del órgano que ha dictado la sentencia en primera instancia. De esta forma, si se trata de la AP o la AN, a día de hoy sigue sin poderse recurrir en apelación ninguna de las resoluciones definitivas que pongan fin al procedimiento, debiendo acudir el perjudicado por la misma de forma sustitutiva a un recurso de casación que en ningún caso puede estar diseñado para ejercer las funciones de una segunda instancia, por más que se haya desnaturalizado su configuración para intentarlo, y que así dejen de emitirse multitud de condenas a España de los organismos internacionales competentes en la materia, las cuales no cesan a pesar de ello. Con la reforma introducida por la LO 5/1995 a los arts. 676 y 876 LECr se pensó que este problema estaba, al menos parcialmente, resuelto, ya que estableció una regulación para poder recurrir en apelación los autos de sobreseimiento libre dictados por la AP o la AN, la cual de su tenor literal parecía aplicable a todo tipo de procedimientos. Sin embargo, luego una institución como son los acuerdos del pleno no jurisdiccionales de la sala II del TS hizo las veces de legislador, sin tener legitimidad para ello, y desmontó su ámbito de aplicación, reduciéndolo a un proceso, el del TJ, que apenas tiene relevancia en nuestro país pero que, singularmente, es el único en el que, a raíz de la LO citada, caben tanto la "segunda instancia" como la casación. En concreto me refiero al polémico acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala II del TS de 8 de mayo de 1998.

Sin embargo, si nos movemos en un proceso de delitos leves como es el proceso para el enjuiciamiento rápido de delitos, sí se tiene acceso a revisar de forma "íntegra" el fallo en un recurso de apelación que, con todas sus deficiencias, tiene muchos más rasgos de una segunda instancia que la casación desnaturalizada.

Además de lo anterior, se puede concluir que la modificación de la LOPJ

realizada mediante la LO 19/2003, que avanzaba la solución a este problema, lleva más de diez años esperando a ser completada mediante una ley ordinaria que dote de una regulación para la apelación en estos casos en los que el juzgador de primera instancia es la AP (o la AN), y que así, esta LO pueda ser de aplicación efectiva. Afortunadamente, esta ansiada ley ordinaria parece que puede entrar en vigor en los próximos meses si el actual proyecto de ley de reforma de la LECr es finalmente aprobado en los términos en que se presentó a las Cortes.

También se puede concluir que, dentro del vigente recurso de apelación, entre otras razones por la saturación de las AAPP y por la propia letra de la ley, existen limitaciones en cuanto a la práctica de prueba en esta instancia que asimismo desnaturalizan este recurso y hacen cuestionable que se pueda hablar realmente de un doble grado jurisdiccional. Y en concreto estas disfuncionalidades son la imposibilidad de repetir la práctica de la prueba personal cuando sea esencial para revisar el fallo de instancia, así como la prueba sobre hechos nuevos, surgidos o conocidos después del juicio oral en la primera instancia. Y todo ello pese a que el TC haya declarado preceptiva esta repetición de la prueba personal para cumplir efectivamente con el principio de inmediación, estimando recursos de amparo de sujetos absueltos en primera instancia que son condenados en apelación sin esta repetición de la prueba, y sin que esté a la vista reforma de la LECr en el sentido de ajustarse a estas exigencias constitucionales.

Todo lo analizado trae como resultado que, desde mi humilde punto de vista, sea necesario retomar el fallido borrador de Código Procesal Penal del año 2011, que pese a sus previsiones cuestionables y modificables en materia de recursos, pretende dar una solución homogénea a todo el sistema procesal penal español, la cual daría seguridad jurídica si lograra consolidarse en el tiempo, y lograría coherencia entre los procesos, de manera que los procesos mediante los que se enjuicien hechos subsumibles en delitos más graves sean los más garantistas, y los relativos a delitos menos graves sean más rápidos que el régimen actual.

6. BIBLIOGRAFÍA

BELLIDO PENADÉS, R., "Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim de 2015", *La Ley*, 2015, núm 8.526, (obtenido en formato electrónico sin que constara el número de página en donde se encuentra el artículo en concreto).

CALDERÓN CUADRADO, M., *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Valencia 2005.

CORTÉS BECHIARELLI, E., "Acerca de la procedencia del recurso de casación en supuestos de sobreseimiento libre acordados en el procedimiento abreviado", *Actualidad penal*, 2003, núm 1, pp. 215-232.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 647, pp. 1.773 y ss.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Cóllex, tercera edición, Madrid 1999.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, primera edición, Navarra 2012.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Cóllex, cuarta edición, Madrid 2014.

GÓMEZ COLOMER, J.L., "Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal", *Poder Judicial*, 1998, núm 49, pp. 429-450.

GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTERO AROCA, J., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, 21ª edición, Valencia 2013.

ÍÑIGO CORROZA, E. Y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Los acuerdos de la sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007.

LÓPEZ COIG, J.C., "La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿cumple con los requisitos exigidos por los tratados internacionales?", *La Ley*, 2006, núm 6.567, pp. 1.770-1.775.

MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., "¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC 10-02, 2008.

PÉREZ MANZANO, M., "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento de la doble instancia penal", *La Ley*, 2006, núm. 4, pp. 1.751-1.770.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La agilización del proceso penal, el procedimiento de decomiso autónomo y la ampliación de la apelación en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *La Ley*, 2015, núm 8.527 (obtenido en formato digital sin que constara el número de página en donde se encuentra el artículo en concreto).

ROMERO PRADAS, M., *El sobreseimiento*, Tirant lo blanch, primera edición, Valencia 2002.

SEGRELLES DE ARENAZ, I., "Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales", *Cuadernos de política criminal*, núm 54, 1994, pp. 1.053-1.056.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia penal: presente y futuro*, Civitas, Navarra 2011.

VARELA GÓMEZ, B., *El recurso de apelación penal: Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997.