

SPRAVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2014

33

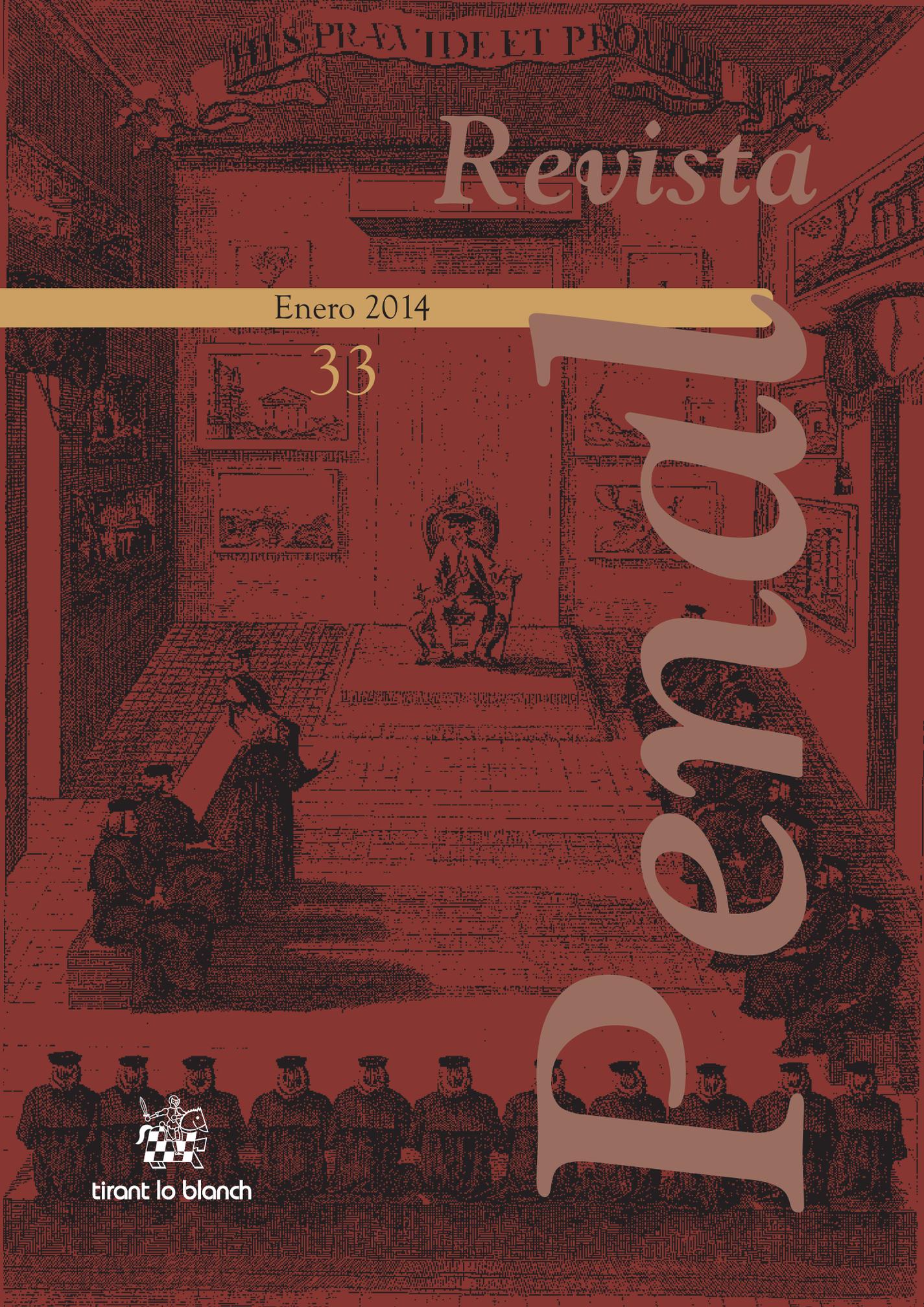
Revista Penal

Enero 2014

# Penal



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 33

## Sumario

---

### Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i> .....	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i> .....	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i> .....	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i> .....	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	91
– Sobre la accesividad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i> .....	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i> .....	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i> .....	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i> .....	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i> .....	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i> .....	208
<b>Especial:</b> Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	218
<b>Sistemas penales comparados:</b> Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
<b>Bibliografía</b> Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	281
<b>In Memoriam</b>	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i> .....	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i> .....	291
<b>Crónica:</b> Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i> .....	293
<b>Informe final</b> del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferreolive@gmail.com

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Recurso de apelación penal y debido proceso

María Luisa Escalada López

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

### Ficha técnica

**Autora:** María Luisa Escalada López

**Adscripción institucional:** Profesora Contratada Dra. de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid. Campus de Segovia - mlescala@der.uva.es

**Sumario:** I. Introducción. II. Fundamento de los medios de impugnación. conceptos de instancia única, doble instancia y recurso de apelación. III. Sistema de recursos vigente en la actualidad. Las exigencias del art. 14.5 PIDCYP. IV. Doble grado e inmediación. V. Los efectos de la de la STC 167/2002, de 18 de septiembre. El irresoluble problema del doble grado y la inmediación. posibles soluciones. VI. Regulación en el borrador de código procesal penal de 2013. VII. Soluciones a esta problemática.

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto abordar las exigencias inherentes a la segunda instancia penal. En concreto, se analizan la ineludible generalización del doble grado de jurisdicción como consecuencia de la vinculación de España al PIDCyP, y los requerimientos que la Jurisprudencia del TEDH impone para entender respetado el derecho al debido proceso en este contexto. A modo de conclusión se ofrecen posibles soluciones aplicables a la problemática estudiada.

**Palabras clave:** recurso de apelación penal, doble instancia, debido proceso.

**Abstract:** The present work aims to tackle with the requirements inherent to the second criminal trial. In particular, it is analyzed the unavoidable generalization of the double degree of jurisdiction as a result of linking Spain to the ICCPR, as well as the requirements imposed by the ECHR's jurisprudence to understand, in this contest, the right to the due process respected. In conclusion, possible solutions are offered which could be applicable to the problem studied.

**Key words:** criminal appeal, double instance, due process of law.

**Recepción del artículo:** 1/08/2013

**Evaluación favorable:** 17/09/2013

## I. INTRODUCCIÓN

La redacción inicial de la LECrim. de 1882 establecía un sistema de recursos basado en la única instancia y la posibilidad de un ulterior recurso de casación, con la finalidad de implantar un modelo de enjuiciamiento garantista y ágil que permitiera al imputado adquirir

pronta certeza sobre su situación, y a la víctima obtener rápida reparación de forma que, además, la pena pudiera cumplir con su genérico efecto ejemplarizante.

Este planteamiento suponía excluir un proceso conformado desde la doble instancia, dadas las dificultades de que el órgano de la apelación formara su convicción

en pruebas personales no presenciadas<sup>1</sup> imponiéndose, por tanto, una instancia única, procedimentalmente informada por los principios de oralidad e intermediación<sup>2</sup>.

## II. FUNDAMENTO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. CONCEPTOS DE INSTANCIA ÚNICA, DOBLE INSTANCIA Y RECURSO DE APELACIÓN

Es convencionalmente admitido que el fin que se persigue con el sistema de recursos es conjurar los riesgos derivados de la presencia de errores humanos en el dictado de las resoluciones propiciando, de este modo, la adecuación de éstas a la ley y al derecho.

Ahora bien, siendo esto así, existen gradaciones en la extensión del control que los recursos suponen, de forma que puede limitarse, bien una mera revisión sobre la corrección jurídica de lo actuado, o bien significar un nuevo conocimiento sobre el fondo<sup>3</sup>; en el primer caso existirá única instancia, mientras que en el segundo nos encontramos ante el doble grado de jurisdicción.

La única instancia conlleva, por tanto, un único enjuiciamiento del objeto litigioso y el control sobre la conformidad con la ley de lo resuelto mediante el pertinente recurso.

La doble instancia significa que, tras el primer enjuiciamiento, existirá otro posterior operado por un órgano jurisdiccional distinto y superior que concluirá con un nuevo pronunciamiento sobre el fondo. Ello supone que no se traduce en un nuevo juicio sino que, con ocasión del ya iniciado y de la ausencia de firmeza de la resolución dictada, se permite un postrero análisis más o menos extenso<sup>4</sup> de lo ya decidido<sup>5</sup>.

La confusión deriva de que ambas funciones son cumplidas a través del mismo instrumento: el recurso de apelación. De este modo es preciso distinguir entre recurso de apelación y doble instancia<sup>6</sup> ya que, a través del mismo puede propiciarse que exista una segunda instancia o no<sup>7</sup>.

## III. SISTEMA DE RECURSOS VIGENTE EN LA ACTUALIDAD. LAS EXIGENCIAS DEL ART. 14.5 PIDCYP

El sistema de única instancia contemplado inicialmente en la LECRim. se limita en la actualidad al enjuiciamiento de los delitos graves esto es, aquellos castigados con pena privativa de libertad superior a cinco años, o a diez si son penas de otra naturaleza y a las

1 Algunos autores defienden la posibilidad de la doble instancia pese a la imposibilidad de repetir el juicio. Vid. Alcalá-Zamora, N. "Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, pp. 172-173.

2 Vid. Exposición de Motivos de LECrim. "Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantías de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importante: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad... he aquí el conjunto de medios que el nuevo sistema ofrece para el logro de resultado tan trascendental: la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única; la oralidad del juicio...".

Con anterioridad, la Ley provisional sobre organización del PJ de 1870, excluía que la segunda instancia fuera aplicable al juicio oral, dada la imposibilidad de que éste puede repetirse dos veces.

3 En cuanto a la extensión del doble grado vid. Tapia Fernández, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, 1ª ed. Noviembre de 2011, pp. 27 y ss.

4 La extensión de dicha cognitio responde a los conceptos de apelación plena o limitada. Vid. Rodríguez Rubio, C. *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Madrid, 2008, pp. 134 y ss.

5 Vid. Montero Aroca, J. *La nueva ley de Procedimiento laboral, Comentarios a las leyes laborales*, dir. Borrajo Dacruz XXIII-segunda, Madrid, 1990, p. 1272. Entiende el doble grado como aquél sistema de organizar el proceso a virtud del cual se establece para toda controversia susceptible de ser examinada en cuanto al fondo, dos sucesivas decisiones sobre la relación jurídica deducida en el proceso, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, la segunda de las cuales debe prevalecer sobre la primera

6 En cuanto al doble grado y al recurso de apelación, vid. Ricci, "Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 83. Afirma el autor que no deben confundirse ambos conceptos aunque es incuestionable su conexión, ya que la apelación es el medio de impugnación que, dado su carácter ordinario, permite la apertura de la segunda instancia. En este mismo sentido afirma Calderón Cuadrado que "La ausencia de equivalencia entre la apelación de sentencias y el doble grado es un hecho incontestable que se debe a la utilización por el legislador de aquel medio de impugnación para el cumplimiento de otras funciones distintas a la apertura de la segunda instancia... a través de un recurso ordinario como la apelación también puede impugnarse una sentencia de fondo por quebrantamientos de forma, además, lógicamente, de por errores *in iudicando in iure* que suponen la validez e inalterabilidad de la primera declaración de hechos probados". Vid. Calderón Cuadrado, P. *La segunda instancia penal*, Navarra, primera ed. 2005, p. 158.

7 No habrá doble grado si la revisión se limita a controlar la corrección legal del fallo, la regularidad de razonamiento conducente al mismo, o versa sobre resoluciones puramente procesales o interlocutorias sin llegar a provocar un ulterior pronunciamiento sobre el fondo. Vid. Montero Aroca, op. cit.

causas contra aforados<sup>8</sup>, de forma que las resoluciones dictadas en el resto de los procesos están sujetas al criterio del doble grado jurisdiccional<sup>9</sup>.

Esta situación se traduce en el incumplimiento por España de las exigencias que impone el art. 14.5 PIDCyP y el art. 2 del Protocolo número 7 al CEDH, que disponen que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por un tribunal superior<sup>10</sup>. De este modo, y *ex art.* 10.2 CE en relación con el art. 96.1 CE, nuestro ordenamiento jurídico deviene obligado a establecer un recurso devolutivo que, además, resulte adecuado para realizar una revisión de la resolución condenatoria dictada en la instancia.

A este tenor, y en un primer momento, se defendió la idoneidad a estos efectos del recurso de casación ya que, de la literalidad del art. 14.5 PIDCyP se concluye

que únicamente se impone el establecimiento de un sistema que permita la revisión, sin que contenga ninguna alusión a la necesidad del doble grado de jurisdicción<sup>11</sup>. Ello supuso que, con este último fundamento, los tribunales españoles entendieran que tales exigencias podían ser cumplidas por los recursos de apelación y de casación<sup>12</sup>, cada uno dentro de su ámbito de operatividad.

La situación descrita sufrió un importante cambio a raíz del Dictamen de 20 de julio de 2000 (caso *Cesareo Gómez Vázquez c. España*) del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y de otros posteriores con idéntico contenido. En ellos, este Organismo entendió que la casación española no cumplía con los requerimientos del citado art. 14.5 PIDCP, ya que al control que supone este recurso se limita únicamente a aspectos puramente formales o legales y no de hecho<sup>13</sup>.

---

8 En cuanto a la no necesidad de doble grado en las causas contra aforados *vid.* STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 3: "(...) Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria".

Tal supuesto es plenamente compatible con el Art. 2.2 del Protocolo 7 al CEDH que establece como una de las excepciones al doble grado que el individuo haya sido juzgado por la más alta autoridad judicial.

9 Especial mención merecen las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado frente a las que cabe un recurso ordinario como es la apelación pero materialmente se conforma en su regulación como un recurso especial que imposibilita hablar de doble grado en estos casos.

*vid.* Llorente Sánchez-Arjona, M, *La segunda instancia en el proceso penal. Doctrina y jurisprudencia*, Granada, 2000, pp. 282 y ss.

*vid.* Rodríguez Rubio, C. *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Madrid, 2008, pp. 117 y ss.

10 *vid.* SSTC 42/1982, 140/1985, 33/1989, 119/1998. *vid.* Tapia Fernández, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, 1ª ed. Noviembre de 2011, pp. 11 y ss.

11 *vid.* STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5º "De la lectura del art. 14.5 del Pacto "se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia", sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto". *vid.* Tapia Fernández, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, 1ª ed. Noviembre de 2011, pp. 16 y ss.

12 En este sentido, *vid.* la STS 430/1999, de 23 de marzo RJ 1999/2676, FJ 3º: "Ha de recordarse que el recurso de casación penal, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento la función de satisfacer el derecho fundamental de todo condenado a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)".

13 A este respecto afirmaba: "... el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que, al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente... limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo cinco, art. 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 del Pacto".

En este sentido se pronunció la STC 37/1988, de 3 de marzo, en cuyo FJ 5º, cuando dispuso que el mandato contenido en el art. 14.5 PIDCP: "no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes", pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del art. 24 C. E. se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. La libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 del Pacto ("... conforme a lo prescrito por la ley"). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación (...) y permite asimismo que dentro del ordenamiento y 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".

La consecuencia de esta deficiente generalización del recurso de apelación, y con él de la segunda instancia, se ha traducido en lo que se ha dado en llamar una desnaturalización del recurso de casación, inicialmente referido a la revisión del derecho pero posteriormente ampliado a estos efectos hasta el análisis de los hechos cuando se fundamenta el recurso en la infracción de ley, entre las que se encuentra la Norma Constitucional y, en concreto, el art. 24.2 que reconoce el derecho a la presunción de inocencia<sup>14</sup>.

Esta problemática está en la base de la reforma de la LOPJ operada por LO 19/2003, de 23 de diciembre, con la que se pretendía generalizar el doble grado de jurisdicción ausente en el enjuiciamiento de los ilícitos de mayor gravedad, dando respuesta, de este modo, a los requerimientos de los aludidos Organismos Internacionales. Con esta finalidad se dispuso que las resoluciones dictadas en primera instancia por las AP y la AN en procedimientos para el enjuiciamiento de los delitos más graves fueran recurribles en apelación, respectivamente, ante las Salas de lo civil y penal de los TSJ (art. 73.3 c) LOPJ.) y ante un órgano de nueva creación: la Sala de Apelaciones de la AN (art. 64 bis. LOPJ).

No obstante, tal previsión no ha llegado a materializarse al no haber encontrado el correlativo desarrollo legislativo que lo hiciera posible, y ello pese a la que la DF 2º de la citada Ley impusiera el plazo de un año para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a sus disposiciones.

#### IV. DOBLE GRADO E INMEDIACIÓN

La necesidad de la implantación del doble grado y las exigencias de determinados requisitos en su desarrollo han abocado a una re-conceptualización del concepto de doble instancia y de su extensión.

De este modo, tradicionalmente se admitía que cuando el órgano *ad quem* conocía de la segunda instancia tenía atribuida una cognitio plena y similar a la del órgano *a quo* que le permitía un nuevo e íntegro análisis sobre lo juzgado, únicamente delimitado por la extensión que fijara la exigencia del *tantum appellatum quantum devolutum*.

Manifestaciones de lo expuesto pueden encontrarse en alguna decisión del TC, en la que entiende este Órgano que nada se opone a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997), pues tanto “por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma” como por lo que se refiere a “la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” el Juez “*ad quem*” se halla “en idéntica situación que el Juez “*a quo*” ... y, en consecuencia, “puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “*a quo*”<sup>15</sup>.

El cambio de orientación jurisprudencial se produce con la STC 167/2002, de 18 de septiembre<sup>16</sup>; la Resolución atiende, esencialmente, a aquellos supuestos en los que el recurso de apelación se fundamenta en erro-

14 Vid. Conde-Pumpido Tourón, C. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*; IV, Valencia, 2004, p. 3191. Vid. Calderón Cuadrado, P. *La segunda instancia penal*, Navarra, primera ed. 2005, p. 156-157. afirma la autora que pese a que en alguna ocasión se ha aludido a la casación como tercera instancia, el conocimiento de los hechos por el órgano *ad quem* se halla legalmente sometido a restricciones que impiden, en realidad, esa nueva posibilidad de enjuiciamiento del objeto del proceso. Afirma que el error en la apreciación de la prueba incide tan sólo en la documental y que una alegación de infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia no puede conducir a una nueva instancia en toda su extensión. vid. Tapia Fernández, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, 1ª ed. Noviembre de 2011, pp. 21 y ss.

15 Vid. STC 120/1999, de 28 de junio. STC 167/2002, FJ 9º. STC núm. 172/1997 (Sala Primera), de 14 octubre, FJ 4. “... el recurso de apelación “conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” (SSTC 102/1994 [RTC 1994\102], fundamento jurídico 3º; 120/1994 [RTC 1994\120], fundamento jurídico 2º; 272/1994 [RTC 1994\272], fundamento jurídico 2º; 157/1995 [RTC 1995\157], fundamento jurídico 4º, y 176/1995 [RTC 1995\176], fundamento jurídico 1º).

16 Algunos autores entienden que esta restricción en la extensión de la doble instancia estaba ya presente con anterioridad a la aludida Sentencia, puesto que el órgano encargado del recurso se limitaba a revisar si la actividad probatoria desarrollada ante el órgano *a quo* resultaba debidamente motivada conforme a las reglas de la sana crítica. Vid. Barreiro, A.J. “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, *Jueces para la Democracia*, n.º 48, 2003, p. 71.

Asimismo vid. Feijóo Miranda, J. “Sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en la fase de apelación penal y la problemática actual existente respecto a la impugnación de las sentencias absolutorias de la primera instancia: un ejemplo más de la trascendencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Informe: “El tiempo de los derechos”, núm. 30. HURI-AGE, Consolider-Ingenio 2010, p. 4.

res en la valoración de la prueba (art. 790.2 LECrim) dando lugar, por tanto, a una segunda instancia ante el órgano *ad quem*.

En concreto, el Alto Tribunal, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 6.1 del CEDH, entendió que no era posible que el órgano de la apelación revocara la sentencia absolutoria dictada en la instancia y procediera al dictado de una resolución condenatoria con fundamento en prueba personal no practicada mediante un examen personal y directo, y ello por entender que la falta de intermediación vulneraba el debido proceso en sus dimensiones de publicidad, contradicción y defensa y aún la presunción de inocencia dada la invalidez de la prueba de cargo que fundamentaba la condena en apelación<sup>17</sup>. Se impone, por tanto, al órgano *ad quem* que siempre que proceda a realizar una nueva valoración de la prueba personal, ésta venga precedido de un examen personal y directo en el que esté plenamente garantizada la posibilidad de contradicción<sup>18</sup>.

## V. LOS EFECTOS DE LA DE LA STC 167/2002, DE 18 DE SEPTIEMBRE. EL IRRESOLUBLE PROBLEMA DEL DOBLE GRADO Y LA INMEDIACIÓN. POSIBLES SOLUCIONES

La situación generada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre y la línea jurisprudencial que con ella se iniciaba abocaban a una problemática de difícil solución:

Por un lado, el doble grado impuesto por el art. 14.5 PIDCyP<sup>19</sup> y el art. 2 del Protocolo n.º 7 al CEDH exigen un análisis sobre el objeto litigioso en su conjunto en el que incluye la revisión sobre los testimonios practicados en la instancia. Por otro lado, la Jurisprudencia del TEDH, tal y como es entendida por nuestro TC, impone como garantía del debido proceso el respeto a la intermediación.

Frente a tal presunta aporía se han arbitrado varias soluciones:

Una primera opción defiende la repetición de la prueba en la segunda instancia a presencia del órgano que conoce de la misma, respetándose en todo caso la contradicción<sup>20</sup>.

17 La STC 167/2002 (RTC 2002, 167) declaró que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías "al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de intermediación y contradicción"... el respeto a los principios de intermediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigen que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación".

La línea jurisprudencial iniciada por esta sentencia ha sido seguida por muchas otras: STC 170/2002, de 30 de septiembre, 197/2002, de 28 de octubre; 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre, 230/2002, de 9 de diciembre; 68/2003, de 9 de abril; 189/2003, de 27 de octubre; 209/2003, de 1 de diciembre; 10 y 12/2004, de 9 de febrero; 28/2004, de 4 de marzo; 40/2004, de 22 de marzo; 50/2004, de 30 de marzo; 75/2004, de 26 de abril; 94 y 96/2004, de 24 de mayo; 128/2004, de 19 de julio, 192/2004, de 2 de noviembre; 200/2004, de 15 de noviembre, 14/2005, de 31 de enero; 19/2005, de 1 de febrero; 27 y 31/2005, de 14 de febrero; 43/2005, de 28 de febrero; 59, 63 y 65/2005, de 14 de marzo; 78/2005, de 4 de abril; 105, 111, 112, 113, 116 y 119/2005, de 9 de mayo. Más recientemente vid. STC 126/2012, de 18 de junio, STC 43/2013, de 25 de febrero de 2013, STC 88/2013, de 11 de abril, STC 105/2013, de 6 de mayo, SSTC 120/2013, 119/2013, 118/2013, las tres de 20 de mayo.

Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la intermediación*, Madrid, 2011, pp. 258 y ss.

18 STC 119/2005, de 9 de mayo y 40/2004, de 22 de marzo; SSTC 10/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 10], F. 7; 50/2004, de 30 de marzo [RTC 2004, 50], F. 3; 19/2005, de 21 de febrero [RTC 2005, 19], FF. 1 y 2). STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 7, STC 105/2013, de 6 de mayo, FJ 4, SSTC 120/2013, FJ 4 y 5, Sentencia 119/2013, FJ 4 y 5, 118/2013, FJ 4, las tres de 20 de mayo.

19 Para un interesante análisis sobre la doble instancia y el art. 14.5 PIDCyP, vid. Llorente Sánchez-Arjona, M, *La segunda instancia en el proceso penal. Doctrina y jurisprudencia*, Granada, 2000, pp. 32 y ss.

20 A una solución más radical llega el TC cuando, recordando que la función de la segunda instancia es la revisión de las pruebas practicadas, y no la nueva práctica de éstas, excluye la necesidad de intermediación cuando se realiza a una valoración distinta. STC núm. 172/1997 (Sala Primera), de 14 octubre, FJ 4. "... En fin, el argumento relativo a la alegada falta de intermediación del Tribunal *ad quem* debe también 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 intermediación y contradicción a que alude el recurrente en su demanda de amparo, sino que la Sala hizo suyas las practicadas en instancia, aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal". En similar sentido vid. STC núm. 43/1997 (Sala Segunda), de 10 marzo, FJ 2. "... De las actuaciones se infiere que ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de intermediación y contradicción a que alude el recurrente en su demanda de amparo, sino que la Sala hizo suyas las practicadas en instancia, aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal. Descrita la actuación de la Sala en tales términos, no cabe reprocharle lesión alguna de los mencionados derechos puesto que la facultad de libre valoración de la prueba compete en exclusiva a los órganos de la jurisdicción penal, ya sean de instancia o de apelación".

Esta posibilidad ha sido criticada con fundamento, entre otras razones en que, en realidad, la reiteración de la prueba no es tal ya que puede arrojar un resultado distinto, ocasionándose así ciertas disfunciones probatorias y valorativas; además, se dice, es cuestionable desde el punto de vista de la fiabilidad del testimonio realizado en apelación, puesto que existe la contrastada tendencia a reproducir o reconstruir lo narrado, etc.<sup>21</sup>.

A ello se añade otra razón apriorística, y es que este supuesto no tiene encaje en ninguno de los casos contemplados en el art. 790.3 LECRim., en los que se admite la prueba en segunda instancia.

A su favor se encuentra alguna manifestación del TC que estima no irrazonable una interpretación de la ley que permita la práctica de pruebas, que pudiendo no estar expresamente previstas en la ley, resulte anudada constitucionalmente a otras que sí lo están. “Lo que en ningún caso será constitucionalmente lícito es la práctica y valoración de pruebas sin las garantías constitucionales mínimas, cosa que sucederá... si el órgano valora una prueba personal a la que no ha asistido o que, por la ausencia de otra que se solicitaba en

contraposición a la misma, no posibilitaba su adecuada contradicción”<sup>22</sup>.

Una segunda opción es la de suplir la imposible presencia del tribunal de apelación en la práctica de la prueba personal, con el visionado de la grabación del juicio durante la celebración de la vista en segunda instancia con pleno respeto a la defensa y a la contradicción<sup>23</sup>.

Tal situación resulta favorecida por lo dispuesto en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y la modificación, entre otros, de los arts. 743. 1 y art. 791<sup>24</sup> LECRim precepto, éste último, que permite a las partes solicitar y al juez acordar la reproducción de las grabaciones ante el órgano de la apelación.

En su contra destaca que, si bien en algún momento el TC la admitió<sup>25</sup>, con posterioridad la ha rechazado por estimar que el visionado no cumple con los requisitos de inmediación exigidos por la jurisprudencia del TEDH que imponen un examen personal y directo por parte del órgano que ha de valorar la prueba personal<sup>26</sup>.

---

En cuanto a la repetición de prueba Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, Madrid, 2011, pp. 424 y ss.

21 Vid. Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECrim. de 2011 “... en el segundo juicio, la dinámica de los testimonios pierde su espontaneidad; los intervinientes tienden a reproducir —o a reconstruir, según sus intereses— lo narrado en el juicio anterior, dejando de tener como referencia principal su percepción directa de los hechos”.

22 En realidad, el TC no entiende este supuesto como repetición de la prueba practicada, sino como práctica sin más en la segunda instancia. Vid. STC 48/2008, de 11 de marzo de 2008, FJ, 6º, “... Hemos señalado también, obviamente, que la de inmediación no es la única garantía constitucional del proceso que debe respetarse en fase de apelación. Deben respetarse todas las garantías del proceso, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales. En relación con “una nueva y distinta valoración de las declaraciones de testigos y acusados” por parte de los órganos de apelación “con base en la cual se revoca una Sentencia absolutoria y se dicta la Sentencia condenatoria”, la STC 94/2004, de 24 de mayo, mencionaba “las condiciones de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad” (FJ 2). Vid. STC 16/2009, de 26 de enero de 2009, FJ 4º.

23 Al respecto vid. Cabezudo Rodríguez, N, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, 2010, p. 130.

vid. Tapia Fernández, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, 1ª ed. Noviembre de 2011, pp. 103 y ss.

Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, Madrid, 2011, pp. 424 y ss.

24 Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, Madrid, 2011, pp. 47 y ss.

25 La STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 6.b permite compensar el déficit de inmediación que se produciría en la segunda instancia cuando el órgano *ad quem* tuviera que valorar prueba personal, mediante la lectura del acta correspondiente, “o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador”, dentro del tal enunciado encuentra perfecto acomodo el visionado de la grabación. Vid. también STC 120/2009, de 18 de mayo de 2009, FJ 6. y STC 2/2010, de 11 de enero, FJ 4.

26 STC 135/2011, de 12 de septiembre FJ 2º: “... En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c.

Otra opción posible consiste en implantar el modelo que se ha dado en llamar de apelación asimétrica, consagrado en el Anteproyecto de 27 de julio de 2011 y que se traduce, esencialmente, en que sólo se permite la apelación por motivos fácticos al condenado, pero no a la acusación<sup>27</sup>.

En puridad, este modelo respeta las exigencias de lo dispuesto en el art. 14.5 PIDCyP que únicamente exige la revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta al condenado<sup>28</sup>; no obstante, ha encontrado algún reparo en la doctrina por incorporar un diseño disimétrico, si bien tal crítica ha sido conscientemente admitida por la EM del Anteproyecto de LECRIM. de 2011, al reconocer la existencia de “una desigualdad deliberada, acorde con las premisas ideológicas del sistema penal liberal”<sup>29</sup>.

Por último, hemos de referirnos a la solución que se ha impuesto jurisprudencialmente, y que se ha traducido en una conformación tal del doble grado que conduce a su desvirtuación, ya que supone limitar la *cognitio* del juez de apelación —amén de a la corrección del derecho, lo que no constituye propiamente doble grado— a la revisión sobre la valoración de la prueba material y, exclusivamente, al razonamiento externo sobre la prueba personal, excluyendo la valoración de la prueba personal en sí misma<sup>30</sup>.

La crítica que debe realizarse es que, en muchas ocasiones, será harto difícil deslindar cuando existe un simple control sobre el razonamiento deductivo y cuando valoración de la prueba personal practicada, imponiéndose un examen eminentemente circunstancial y

---

Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64”.

Vid. STC 135/2011, de 12 de septiembre, FJ 2º. Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” —esto es, con inmediatez— de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen “personal y directo” implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones”.

STC 2/2010, de 11 de enero de 2010, FJ 3º: “... en relación con la ausencia de necesidad de reiteración de la vista para condenar en la segunda instancia penal, con modificación de hechos, en virtud de prueba personal, cuando se ha procedido por la Sala penal de apelación a la reproducción del soporte videográfico del juicio absolutorio de primera instancia, considerando que dicha grabación satisface la exigencia de la inmediatez constitucional suficiente, recientemente en STC 2009/120, 120/2009, de 18 de mayo, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos resuelto negativamente —y a dicha fundamentación nos remitimos”.

Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vitas, los recursos y la garantía de la inmediatez*, Madrid, 2011, pp. 377 y ss.

27 Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vitas, los recursos y la garantía de la inmediatez*, Madrid, 2011, pp. 392 y ss.

28 Vid. apartado LXXVII de la Exposición de motivos del Anteproyecto de LECrim. de 2011. “... es evidente que, dictada una sentencia condenatoria, han de abrirse amplios márgenes de revisión en beneficio del reo. En cambio, frente a la sentencia absolutoria han de extremarse las cautelas, pues no sería admisible un sistema que permitiera alcanzar una convicción sobre la culpabilidad del acusado sin la imprescindible inmediatez y contradicción en el examen de las pruebas... El reconocimiento del derecho a la segunda instancia como tal se refiere, por tanto, a los condenados, que podrán impugnar el fallo condenatorio por cualquier motivo, solicitando incluso la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia. Los acusadores dispondrán, en cambio, de una apelación restringida a la posible infracción de ley sustantiva o procesal”.

29 Vid. Exposición de motivos del Anteproyecto de LECrim. de 27 de julio de 2011. LXXVII.

30 STC 272/2005, de 24 de octubre de 2005, FJ 2º: “Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presencia de su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediatez, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin.

casuístico<sup>31</sup> con evidentes repercusiones en términos de igualdad y de seguridad jurídica.

## VI. REGULACIÓN EN EL BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013

El Borrador del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 contiene, a nuestro modo de ver, una regulación confusa e híbrida sobre el recurso de apelación y la extensión de la competencia del órgano que conoce de la segunda instancia.

Así, parece adelantar una cosa en su Exposición de Motivos y regular otra algo diversa en su articulado.

Concretamente, en la Exposición de Motivos da a entender que el motivo de apelación consistente en el error en la valoración de la prueba sólo se contempla para las sentencias condenatorias, añadiendo que las absolutorias podrán ser anuladas si plantean déficits o errores en la motivación fáctica (falta de exhaustividad, insuficiencia, irracionalidad con arreglo a elementales máximas de experiencia).

Distingue, por tanto, entre sentencias condenatorias recurribles por el condenado en primera instancia pero también por la acusación cuando pretenda un agravamiento de la condena, y sentencias absolutorias, en principio solo recurribles por la acusación.

Pese a lo apuntado, la regulación concreta del recurso de apelación por error en la valoración de la prueba, (Artículo 592) diferencia entre el recurso del condenado, mediante el que se podrá instar una revisión de la ponderación probatoria hecha por el *juex a quo* (Artículo

592.1)<sup>32</sup> y el recurso de la acusación que deberá reconducirse a fallos o irregularidades en la motivación, (Artículo 592.2)<sup>33</sup>. Es decir, pone el acento en quien recurre: condenado o acusación y no tanto en si la sentencia es condenatoria o absolutoria.

Es evidente que las restricciones en cuanto a la apelación de la acusación por el motivo visto tienen por finalidad resolver el problema de la imposible inmediación del órgano que conoce del recurso cuando deba revisar la prueba personal practicada ante el órgano de la instancia. No obstante, el tema no queda definitivamente resuelto con la regulación que establece el Borrador de CPP ya que no explicita con claridad cuáles son las consecuencias de la apreciación de este motivo por el órgano de la apelación: si la revocación y el dictado de una nueva resolución, o si la retroacción para que resuelva de nuevo el órgano de la instancia<sup>34</sup>.

## VII. SOLUCIONES A ESTA PROBLEMÁTICA:

Para resolver este problema es preciso dejar sentado en qué consiste la inmediación y qué es lo que exige realmente el TEDH para el desarrollo del doble grado.

### 1. ¿Qué es la inmediación?

Desde una perspectiva convencionalmente admitida puede decirse que la inmediación ofrece dos concepciones: una amplia, que la identificaría con la necesaria presencia del juez en las actuaciones procesales, y otra más restringida, que supone la percepción sensorial personal y directa de la prueba por quien ha de valorarla<sup>35</sup>.

31 Vid. STC 338/2005, FJ 3º.

32 Sobre la suficiencia, validez y licitud de la prueba de cargo, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas.

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

34 El art. 584. 2º, en sede de regulación de los recursos contra sentencias en general, establece que "Cuando la sentencia recurrida sea anulada por apreciarse la infracción de normas o garantías procesales, el Tribunal ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontrara en el momento de cometerse la infracción.

Se impone por tanto, la retroacción y el nuevo conocimiento por el órgano de la instancia.

Sin embargo, el art. 593, en específica referencia a la apelación, dispone que "Cuando se solicite la nulidad de la sentencia por quebrantamiento de normas y garantías procesales, o motivación insuficiente o defectuosa de la prueba, el recurrente deberá concretar en el escrito de interposición el alcance de la nulidad que se pretende, indicando si la indefensión puede repararse en la segunda instancia o, de no ser posible, si ha de retrotraerse el procedimiento. Las posibilidades son las siguientes:

Entender que el órgano *ad quem* no puede pronunciarse sobre la falta de motivación revocando la resolución y procediendo al dictado de una nueva, sino que debe acordar la reposición. Cabe añadir que, en este segundo supuesto, la resolución que dicte el órgano de la instancia como consecuencia de la retroacción estará exenta de sujeción a doble grado.

Entender que el órgano *ad quem* puede pronunciarse sobre la falta de motivación revocando la resolución y procediendo al dictado de una nueva y, en este segundo caso... ¿puede hacerlo siempre?

35 Vid. Feijóo Miranda, J. "Sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en la fase de apelación penal y la problemática actual existente respecto a la impugnación de las sentencias absolutorias de la primera instancia: un ejemplo más de la

El concepto de intermediación al que nos acogemos es este segundo por varias razones, entre otras, porque es el que exigido por la jurisprudencia del TC, porque, sobre todo, es el que tiene sentido desde la perspectiva del fin que está llamado a garantizar (corrección en la valoración probatoria) y, finalmente, porque tiene un alcance operativo menos extenso que el primero, ya que éste supone unas restricciones que harían inviable la revisión de cualquier actuación procesal.

Partiendo de esta base puede decirse que el citado principio ofrece una serie de ventajas e inconvenientes que deben ser analizados.

Desde la perspectiva positiva ha de admitirse que su exigencia, siguiendo la STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5º:

- Es una “garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración”.
- En concreto, y en lo que se refiere a las pruebas personales, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero, sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron, esto es, franquea el acceso a la totalidad de los aspectos

comunicativos verbales y no verbales, del declarante y de terceros.

- Posibilita también, “siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención judicial para “comprobar la certeza de los elementos de hecho”<sup>36</sup> otorgándole al juez que preside la práctica de la prueba una posición privilegiada en su valoración.

Por lo que a su dimensión negativa se refiere, es necesario precisar que no es propiamente el principio en sí quien merece algunos reproches, sino ciertas intersecciones inadecuadas del mismo que fomentan su potencial empleo como instrumento consagrador del decisionismo judicial.

En este sentido se critica que en ocasiones, de forma aberrante y sobre-generalizadora, se identifique la intermediación en la práctica de la prueba con su valoración, cuando es claro que aquél es un principio que remite a una forma de practicar la prueba que puede ayudar a su apreciación judicial<sup>37</sup> pero que, en modo alguno, se identifica con ella.

En atención a todo ello se concluye apuntando la necesidad de excluir aquellas interpretaciones del aludido principio que permiten sancionar un subjetivismo infiscalizable en la valoración judicial<sup>38</sup>.

---

trascendencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Informe: “El tiempo de los derechos”, núm. 30. HURI-AGE, Consolider-Ingenio 2010 p. 17.

Vid. STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5º: “La garantía de intermediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración”.

36 Vid. también las SSTC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5.

No sólo es importante desde el punto de vista de la apreciación de los signos externos no verbales: sonrojo, mirada esquiva, etc. sino que desde la exigencia de interacción permite al juez preguntar el por qué de ese sonrojo, etc., de forma que contribuya a formar la convicción judicial sobre los hechos.

Vid. Cabezudo Rodríguez, N, *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, 2010, pp. 19 y ss. Alude a dos vertientes del principio de intermediación: la pasiva o contemplativa y la activa o dinámica.

Vid. Crespo Barquero, P. *op. inédita*, Debates sobre el Borrador de CPP celebrados los días 25 y 26 de marzo de 2013 en la Universidad Carlos III.

37 Es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez. vid. F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 151. Cita tomada de Andrés Ibáñez, P. “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, p. 59.

38 Vid. Andrés Ibáñez, P. “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, pp. 58 y 59 “...la manera de entender la práctica de la intermediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción. En efecto, entendido éste como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, y la justificación de los resultados. La consecuencia es que —conforme a ese punto de vista— “lo visto y oído,” por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justificable, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia”.

“... la intermediación, la relación de proximidad temporo-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción íntima —extrasensorial casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones— de un lenguaje gestual, subliminal-

## 2. Inmediación, debido proceso y exigencias del doble grado en la jurisprudencia del TEDH

Partiendo de la jurisprudencia del TC y de la integración de la inmediación como una de las garantías integrantes del debido proceso<sup>39</sup> es necesario, a modo de conclusión, apuntar algunas notas de interés.

En primer lugar que, como ha llegado a admitir el Alto Tribunal, quizá sería conveniente proceder a una re-conceptualización del principio de inmediación a la luz de las nuevas tecnologías y de las recientes adaptaciones de la ley a estas nuevas tecnologías<sup>40</sup>.

A este respecto se recuerda que la LECrim. contempla supuestos en los que no se cumple con el aludido principio en sentido estricto, ya que la inmediación no es real, sino virtual; así sucede con el empleo de la vi-

deoconferencia<sup>41</sup>, instrumento que si bien cumple con la exigencia de interacción bidireccional y simultánea, no se ajusta a la concepción tradicional de inmediación<sup>42</sup>.

En segundo lugar, y en otro orden de cosas, ha de precisarse qué es, en realidad, lo que exige la jurisprudencia del TEDH cuando impone restricciones a la valoración de la prueba por el órgano de la apelación.

Se ha afirmado que la inmediación y, por tanto la celebración de una vista en la segunda instancia, no es necesaria si el análisis del órgano *ad quem* se limita a comprobar la corrección jurídica del fallo<sup>43</sup>, “si no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su

---

mente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incommunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento”

39 STC 167/2002, de 18 de septiembre; en ella se afirma que las exigencias de inmediación y contradicción se integran en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. La línea jurisprudencial iniciada por esta sentencia ha sido seguida por muchas otras: STC 170/2002, de 30 de septiembre, 197/2002, de 28 de octubre; 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre, 230/2002, de 9 de diciembre; 68/2003, de 9 de abril; 189/2003, de 27 de octubre; 209/2003, de 1 de diciembre; 10 y 12/2004, de 9 de febrero; 28/2004, de 4 de marzo; 40/2004, de 22 de marzo; 50/2004, de 30 de marzo; 75/2004, de 26 de abril; 94 y 96/2004, de 24 de mayo; 128/2004, de 19 de julio, 192/2004, de 2 de noviembre; 200/2004, de 15 de noviembre, 14/2005, de 31 de enero; 19/2005, de 1 de febrero; 27 y 31/2005, de 14 de febrero; 43/2005, de 28 de febrero; 59, 63 y 65/2005, de 14 de marzo; 78/2005, de 4 de abril; 105, 111, 112, 113, 116 y 119/2005, de 9 de mayo.

40 Vid. STC 2/2010, de 11 de enero de 2010, FJ 3º: “...Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal —incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto— viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el cesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido”.

Vid. Calderón Cuadrado, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, Madrid, 2011, pp. 130 y ss. esp. 146 a 148.

41 Sobre el empleo de la videoconferencia Vid. Cabezudo Rodríguez, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, 2010, pp. 26 y ss.

vid. Tapia Fernández, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, 1ª ed. Noviembre de 2011, pp. 105 y ss.

42 Vid. Arts. 325 y 731 bis. LECrim.

El TC admite esta inmediación virtual cuando resulte justificada en atención a las circunstancias excepcionalmente concurrentes. Vid. STC 2/2010, FJ 3: “En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECrim) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista”.

43 STC 167/2002, de 18 de septiembre de 2002, FJ 10: “...la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente”.

*Contrario sensu*, Vid. Gisbert Gisbert “El juicio público con todas las garantías en la Segunda Instancia penal”, *Revista general de derecho*, N.º 549, 1990, pp. 4489-4493.

valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales<sup>44</sup>.

De lo expuesto se infiere que, en realidad, lo que exige el TEDH es que en todos los supuestos en que en la segunda instancia se proceda a realizar un examen en su conjunto de la culpabilidad o inocencia del acusado, es imprescindible la celebración de una audiencia pública en la que se realice un examen directo y personal del acusado donde sea oído y se respete plenamente la contradicción<sup>45</sup>.

Repárese en que, de este modo, el énfasis se pone, no tanto en la presencia de intermediación como forma de practicar la prueba, sino en la necesidad de que el órgano de la apelación respete y garantice el derecho de defensa y de contradicción del acusado concediéndole, a estos efectos, la imprescindible audiencia.

44 Vid. STC 338/2005, de 20 de diciembre de 2005, FJ 21.

45 Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España. Siguiendo la doctrina del TC, el caso no requería de intermediación, ya que la AP revocó la sentencia absolutoria condenando al recurrido sin que existiera alteración del relato de hechos probados, ni revisión de la apreciación de la prueba personal, sino valoración de la documental y corrección del razonamiento deductivo operado por el juzgado de lo penal. No obstante, el TEDH condenó a España con fundamento en la vulneración del art. 6.1 al no haberse celebrado audiencia pública en la que el acusado pudiera ser oído y ejercer su derecho a la contradicción.

STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9º: "(...) cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el TEDH ha entendido que la apelación 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 (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia 32—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia 36, 37 y 39—; 29 de octubre de 1991 —caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, 28—; 29 de octubre de 1991 —caso Fejde contra Suecia, 32). En este sentido el TEDH ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania, 54 y 55, 58 y 59— que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Tierce y otros contra San Marino, 94, 95 y 96—, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación...". Sentencia 135/2011, de 12 de septiembre de 2011, FJ 2º.