

EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA REVOCACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Fernando de la Fuente Honrubia

Doctor en Derecho

Magistrado

Profesor Asociado Universidad a Distancia de Madrid (Udima)

María Teresa Pedrós Torrecilla

Juez Sustituta adscrita a la Audiencia Provincial de Murcia

María Jesús Muñoz Company

Abogada Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante

EXTRACTO

En el presente estudio se pretende ofrecer al lector una visión general de la situación jurisprudencial en relación con el recurso de apelación penal. Para ello se parte del régimen general de los recursos de apelación y de cuáles son las normas procesales que los rigen, para a continuación distinguir entre apelación de sentencias condenatorias y apelación de sentencias absolutorias. Esta distinción tiene su causa en el distinto tratamiento de unas y otras por la jurisprudencia de las audiencias provinciales y posteriormente su traslación a los recursos de casación ante el Tribunal Supremo. La imposibilidad de celebrar nuevo juicio oral ante el tribunal de apelación comporta dificultades en orden a la revocación de sentencias absolutorias en las que el juez de instancia haya tenido en cuenta pruebas de carácter personal para llegar a esa convicción. No ha de olvidarse que la legislación procesal española solo permite la práctica de prueba en segunda instancia que no se hubiese practicado en primera instancia por haber sido indebidamente denegada o por imposibilidad material de practicarse. Todo ello ha derivado en un posicionamiento doctrinal que discute si el actual sistema de recursos de apelación cumple con las exigencias de la doble instancia penal en los términos exigidos por los convenios internacionales suscritos por España.

Palabras claves: recurso de apelación, segunda instancia y sentencia.

Fecha de entrada: 27-06-2013 / Fecha de aceptación: 25-07-2013

CRIMINAL APPEALS. SPECIAL REFERENCE TO REVERSED ACQUITTALS AND PRESENTING EVIDENCE BEFORE THE COURT OF APPEAL. CASE LAW PERSPECTIVE

Fernando de la Fuente Honrubia

María Teresa Pedrós Torrecilla

María Jesús Muñoz Company

ABSTRACT

This paper aims to provide the reader with an overview of the case law regarding appellate reviews. To do so, we will start off from the general appealing regime and the procedure laws it is ruled by, then distinguish a conviction appeal from an acquittal one. This distinction is caused by the different treatment given to both of them in the rulings coming out from appeal courts and, later, their transfer into an appeal before the Supreme Court. The impossibility of holding a new hearing before the appeal court results in difficulties related to reversed appeals on acquittals in which the lower court judge considered personal evidence to reach to his ruling. One must not forget that Spanish procedure law only allows to exhibit evidence on appeal not exhibited in the lower court because of its denial or impossibility. This has led to a doctrinal position discussing whether the current appellate procedure meets the demands of dual criminal court in the terms required by the international conventions signed by Spain.

Keywords: appeal, court of appeal and judgement.

Sumario

- I. Introducción
- II. El recurso de apelación en el proceso penal. Régimen general de la práctica de la prueba en segunda instancia. Presupuestos procesales
 1. Régimen general
 2. La prueba en segunda instancia
- III. Revocación de sentencias condenatorias en segunda instancia. Presupuestos
- IV. Revocación de sentencias absolutorias en segunda instancia. Especial consideración de la posibilidad de revocación con base en la práctica de pruebas personales

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio pretendemos exponer la actual regulación y problemática jurisprudencial en relación con el recurso de apelación del proceso penal. Los problemas derivados de la falta de inmediación del órgano de apelación en la resolución del recurso tienen derivaciones importantes en el resultado de la revisión que se efectúa en segunda instancia. Especial significación tiene la revisión de sentencias con pronunciamientos absolutorios sobre la base de la práctica de prueba personal, derivada de la imposibilidad de reproducir los medios de prueba practicados en instancia ante el órgano de apelación.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO PENAL. RÉGIMEN GENERAL DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. PRESUPUESTOS PROCESALES

1. RÉGIMEN GENERAL

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) ha sufrido numerosas reformas parciales que han afectado, entre otras materias, a los medios de impugnación del proceso penal. La última modificación que ha experimentado el recurso de apelación contra las sentencias se llevó a cabo a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Encontramos la regulación procesal del recurso de apelación:

- En los artículos 790 a 792 de la LECrim. A través de estos cauces se tramitará la apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de lo penal y por los jueces centrales de lo penal, en el procedimiento abreviado. También se aplica a las sentencias dictadas por los jueces de lo penal, en los juicios rápidos atendiendo al artículo 803 de la LECrim., y contra las sentencias dictadas en el juicio de faltas por los jueces de instrucción, de violencia sobre la mujer, y por los jueces de paz, según prevé el artículo 976 de la LECrim.
- En los artículos 846 bis a) a 846 bis f) de la LECrim., se recoge la tramitación del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, en la Audiencia Provincial (AP).

El recurso de apelación es un recurso ordinario con efectos restringidos, ya que aparecen limitados los motivos por los que puede interponerse. El órgano *ad quem* no repite el juicio, sino que revisa el realizado en la instancia. Se otorga plena jurisdicción al tribunal *ad quem* para revisar no solo el aspecto formal y jurídico, sino también el fáctico de la resolución recurrida, ya afecte al derecho sustantivo penal o al procesal penal. Goza de efecto devolutivo y en ocasiones suspensivo. El tribunal superior se sitúa en la misma situación que el juez de instancia, siempre que haya sido objeto de efectiva impugnación, pudiendo en tal caso declarar la nulidad de la resolución recurrida, por la concurrencia de defectos procesales, o modificar el juicio del órgano inferior por considerarlo erróneo, teniendo como presupuesto el gravamen de quien recurre y como límite los términos en los que se plantea la impugnación. Además, pese a la falta de previsión expresa, puede decirse que también tiene efecto suspensivo frente a las sentencias condenatorias.

Pese a que el derecho a los recursos no aparece recogido de forma expresa en nuestra Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) lo sitúa dentro del derecho a la tutela judicial del artículo 24.1¹ de la Constitución Española (CE), pudiendo también encuadrarse dentro del derecho a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 de la CE.

Sí se reconoce el derecho a los recursos en el artículo 2.1 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos², y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, atendiendo al contenido del artículo 10.2 de la CE.

Del análisis del artículo 14.5 del PIDCP se puede extraer que su aplicación se dirige al procedimiento penal y frente a sentencias condenatorias. Este derecho se reconoce al condenado, que puede acudir al tribunal superior sometiendo tanto el fallo condenatorio como la pena, conforme a lo prescrito por la ley. Así, puede decirse que lo único que se garantiza es que, de acuerdo con la forma que establezca el legislador, se arbitre un sistema efectivo para que el tribunal superior pueda revisar, con poderes reales de revocación, las sentencias penales condenatorias dictadas por los tribunales inferiores, sin que se imponga que esa revisión se realice mediante un tipo determinado de procedimiento.

No debe de olvidarse que tradicionalmente nuestro proceso penal se ha regido por el principio de la única instancia. Así, las faltas y los delitos leves pueden recurrirse en apelación, mientras

¹ Entre otras, SSTC 64/2001, de 17 de marzo; 12/2002, de 28 de enero; 69/2005, de 4 de abril; y 27/2009, de 26 de enero.

² «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.»

³ «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 previsto en la ley.»

que este recurso no está previsto para los delitos graves, que únicamente contiene una apelación encubierta, a través del recurso de casación, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha emitido varios informes desfavorables contra el estado español por vulneración del artículo 14.5.º del PIDCP, lo que ha llevado al legislador a introducir en nuestro ordenamiento el principio de doble instancia, con la reforma llevada a cabo en la LECrim. por la Ley Orgánica (LO) 5/1995, del Tribunal del Jurado, al incluir un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las AP, del que conocen la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) [art. 846 bis a) de la LECrim.], aunque en el fondo estamos ante un recurso extraordinario, teniendo en cuenta las causas que permiten esa apelación, y un recurso de casación contras las sentencias dictadas por los TSJ (art. 847 de la LECrim.). De igual modo, a través de la LO 19/2003, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), se han previsto las Salas de lo Penal en los TSJ y en la Audiencia Nacional (AN) [arts. 73.3 c) y 65.5], haciendo efectivo el derecho a la doble instancia para los delitos graves, reconociendo la Exposición de Motivos de dicha ley que con ello se pretende reducir la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), y resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que consideraba que el sistema de casación español vulneraba el PIDCP.

Pese a lo expuesto, la modificación de la LOPJ no se ha visto seguida de la modificación de las correspondientes leyes procesales, lo que ha generado un serio problema, al reconocerse de forma expresa que hasta ese momento no se estaba garantizando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De esta manera, las sentencias penales que se están dictando en única instancia, por las AP y por la Sala de lo Penal de la AN, pese a haberse dictado cuando se reconoce la segunda instancia penal, ven frustrado su derecho a que un tribunal superior revise en su integridad la sentencia dictada en la instancia.

Esta cuestión ya ha sido tratada por el TS, entre otras, en las Sentencias de 10 de octubre de 2008⁴, de 6 de julio de 2010 y de 31 de octubre de 2011, recogiendo esta última que, si bien la revisión llevada a cabo en la segunda instancia debe tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior, siguiendo así la doctrina del TC⁵ cuando declara que, aunque el recur-

⁴ En la que se dice que no está desarrollada la implantación de la apelación de la Ley 19/2003 y que, por tanto, no hay posibilidad de aplicar el citado artículo 73.3 c) y que es necesario que entren en vigor las normas procesales y orgánicas que concreten la forma de tramitarse tales apelaciones. Mientras tanto, considera que ha de continuar la tramitación de los recursos de casación contra las resoluciones dictadas en juicio oral y única instancia a tramitar conforme a lo dispuesto en los artículos 847 y siguientes de la LECrim.

⁵ El TC viene declarando, desde las Sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de 14 de diciembre, y 60/1985, de 6 de mayo, y mantenida en otras posteriores: 80/2003, de 28 de abril, y la dictada por el Pleno 123/2005, de 12 de mayo,

so de casación penal tiene un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido PIDCP y del Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos⁶.

Por su parte, el TS, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del PIDCP, y acorde con las declaraciones del TC sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el tribunal de instancia⁷. El Pleno de la Sala Segunda del TS, en la reunión no jurisdiccional que se celebró el 13 de septiembre de 2000, declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del PIDCP⁸.

Por último, es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los casos *Loewenguth* y *Deperrios*, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y el 22 de junio de 2000, considera que, según el artículo 2 del Protocolo número 7, los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último. Así, el TEDH considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo número 7 del Convenio.

En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el recurrente tiene adscrita una vía que permite al TS la «revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.

Además, debemos tener en cuenta que en este momento contamos con una propuesta de Código Procesal Penal emitida por un grupo de expertos a instancias del prelegislador. Siguiendo su Exposición de Motivos, en materia de recursos contra sentencias ha afrontado tres grandes cuestiones. En primer lugar, la generalización de la apelación para hacer efectiva la doble

que el artículo 14.5 del PIDCP no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el TS, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un tribunal superior.

⁶ En el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior.

⁷ Así, ya en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al TS a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

⁸ Si bien se añade que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

instancia⁹. En segundo lugar, se plantea como una auténtica necesidad la remodelación del recurso de casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora¹⁰. Y por último, se plantea la necesidad de reordenar el sistema de revisión de valoración de la prueba en segunda sentencia cuando se trata de sentencias absolutorias¹¹.

2. LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Atendiendo al contenido del artículo 790.3 de la LECrim., en el escrito en el que se formaliza el recurso, el recurrente puede pedir la práctica de diligencias de prueba que han de llevarse a cabo ante el tribunal *ad quem*, apareciendo limitada la actividad probatoria a aquellos supuestos en los que el recurrente acredite que no pudo proponer prueba en la primera instancia, a los supuestos

- ⁹ «... La nueva ley afronta ya esa sentida exigencia: todas las sentencias dictadas en un proceso penal quedan abiertas a la revisión a través de un recurso de apelación.»
- ¹⁰ «... la interpretación de un gran número de tipos penales permanecía en manos de las AP, sin posibilidad de homogeneización mediante un recurso unificador. Ante eso se hacía imprescindible una casación que abriese el acceso al TS de todas las materias. Eso solo se podía conseguir si se reducía el número de asuntos a resolver por la Sala Segunda del TS. La capacidad unificadora de la jurisprudencia se puede perder no solo porque muchos asuntos no puedan acceder a tal recurso, sino también por el hecho de que sea tan voluminoso el número de asuntos que acceden que se llegue a un sistema insostenible incapaz de una producción razonable de doctrina bien meditada y reflexionada. Ante esa disyuntiva se ha optado por la vía intermedia de permitir la casación por infracción de ley penal sustantiva en todas las materias (sea cual sea la gravedad de la infracción y sea cual sea el tipo de resolución; también las recaídas en ejecución); y reservar el resto de los motivos (infracción procesal o de precepto constitucional) a los delitos de mayor gravedad. De esa forma, manteniéndose un recurso de casación sostenible, existirá doctrina de la Sala Segunda del TS en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales. Todos los temas penales han de contar con interpretación de la alta instancia jurisdiccional, lo que exige paralelamente unos filtros para descongestionar las tareas del tribunal y permitirle desarrollar su función nomofiláctica de manera plena.»
- ¹¹ «... Los límites de la revaloración de la prueba en vía de recurso es un tema en plena ebullición a raíz de una doctrina constitucional que desde 2002 viene introduciendo limitaciones para la revocación de sentencias absolutorias por razones probatorias. La génesis de esa posición del TC hay que buscarla en la jurisprudencia europea. Desde hace años el TEDH ha examinado esta materia con peculiar rigor. La recepción de esa doctrina en nuestra jurisprudencia se ha producido tardíamente. Además no se han extraído todas las consecuencias como demuestran las últimas nuevas condenas a España por dictar sentencias condenatorias por vía de recurso sin haber celebrado una vista previa. Ya en la jurisprudencia de casación se ha producido una inflexión a impulsos de esa jurisprudencia que era presumible iba a llegar. La idea inicial del modelo procesal en el que seguimos moviéndonos en sus líneas básicas por muchos que hayan sido los cambios consistía en que fuesen las Audiencias las encargadas con exclusividad de valorar la prueba quedando relegado el TS al papel de fiscalizador de la aplicación del derecho (tanto penal como procesal en lo que son las piezas básicas sin las cuales no se puede haber formado con corrección el criterio de la Audiencia). La coexistencia de apelación y casación en nuestro ordenamiento procesal con principios diferentes en este punto obedece a razones históricas pero no era congruente. De ahí que sea lógica la aproximación que se había producido entre ambos recursos: de una parte ensanchando la capacidad de la casación para revisar las sentencias condenatorias cuando afectan a la presunción de inocencia; de otra parte y por imperativo del TC impidiendo a las AP revocar sentencias absolutorias por valoraciones de pruebas personales, sin reproducir previamente la prueba como exigencia del principio de inmediación.»

en los que las pruebas propuestas fueron indebidamente denegadas y, por último, cuando no se pudieron llevar a la práctica por causas que no le son imputables pruebas propuestas y admitidas.

Comenzando con el primer supuesto, la imposibilidad de proponer prueba debe tener su origen en la aparición de hechos nuevos, posteriores al momento previsto para proponer prueba en primera instancia, o bien a hechos anteriores que hubiera conocido después, debiendo acreditar este extremo.

Para el caso de haberse inadmitido indebidamente pruebas durante la primera instancia, es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que esos medios de prueba se hubieran propuesto en los escritos de acusación y defensa o al inicio de la sesión del juicio oral; b) que tras la denegación se formule por el recurrente la pertinente protesta; c) y que el tribunal *ad quem* estime relevante para resolver el recurso la práctica de la prueba.

La denegación de un medio de prueba no se estima suficiente para alegar como motivo de apelación la infracción de normas o garantías procesales, a fin de pretender la declaración de nulidad del juicio, ya que está expresamente prevista en la ley, como se ha dicho, la posibilidad de proponer prueba en la segunda instancia, cuando esta ha sido indebidamente denegada. Cuestión distinta sería que se hubiera denegado la mayoría de la prueba propuesta en la instancia. En tal caso se podría ver afectado el derecho a la tutela judicial efectiva y también el derecho de defensa, si la prueba hubiera sido propuesta por el acusado, circunstancias que sí permitirían alegar como motivo la infracción de normas o garantías procesales, pudiendo dictarse en apelación sentencia en la que se anulara la sentencia de instancia.

Conviene precisar que la práctica en la segunda instancia de la prueba denegada puede carecer del objeto, al no poder revisar el tribunal de apelación el resultado de las pruebas personales, en el caso de revocación de una sentencia absolutoria o cuando se agrave la condena dictada en la instancia. Ello es así, ante la necesidad de valorar la prueba que ahora se practica en sede de apelación con el resto de pruebas personales practicadas en el juicio oral, sin que ello esté permitido por las limitaciones jurisprudenciales impuestas, al considerar que se ven afectados los principios de contradicción, oralidad e inmediación.

El último de los supuestos requiere que el apelante acredite la imposibilidad de practicar la prueba en la instancia por causas no imputables al mismo, así como su relevancia para resolver el recurso.

Esta limitación de los medios de prueba en la segunda instancia imposibilita la revocación de sentencias absolutorias dictadas en primera instancia cuando el órgano *ad quem* entre a valorar la declaración del acusado y la prueba testifical¹². Siendo posible su revocación, cuando el debate sea estrictamente jurídico o cuando se valore únicamente la prueba documental, al

¹² STC 167/2002 de 18 de septiembre.

no verse afectado el principio de inmediación. Sin embargo, también contamos con quien considera que, aunque el artículo 790.3 de la LECrim. no admite la práctica de prueba en segunda instancia, con respecto de la practicada en primera instancia, la doctrina jurisprudencial sentada por el TC y el TEDH no solo es que lo permita, sino que lo exige bajo sanción de nulidad en supuestos concretos¹³.

Por tanto, teniendo en cuenta las limitaciones que legalmente soporta la segunda instancia, así como las exigencias jurisprudenciales fijadas por el TEDH y el TC, resulta que estamos ante un recurso de apelación desfasado que precisa de una nueva regulación. Así, tenemos que la ley concede a la parte acusadora un recurso que permite la valoración plena de cuanto se practicó en el juicio oral, contando únicamente como límite con el objeto del proceso y las pretensiones impugnatorias, pero lo cierto es que se han ido limitando jurisprudencialmente las posibilidades de que este recurso pueda prosperar, que en la práctica se ha ido convirtiendo en un recurso por infracción de ley.

Relacionado con la práctica de la prueba, se encuentra la celebración de vista. El artículo 791 de la LECrim. distingue dos supuestos. Para el primero, la convocatoria de vista es preceptiva, y en el segundo depende de la decisión discrecional del tribunal.

El primer caso está previsto para el supuesto de haberse propuesto prueba o la reproducción de la grabación de la vista llevada a cabo en la instancia. También, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TC creada a partir de la Sentencia 167/2002, cuando se recurra por la acusación particular o por el Ministerio Fiscal una sentencia absolutoria, ya que para su revocación será preciso la celebración de vista, a fin de escuchar al acusado declarado absuelto en la instancia.

El segundo supuesto prevé la posibilidad de que el tribunal considere de oficio o a instancia de parte la necesidad de vista para una más correcta formación de una convicción fundada. Entre los supuestos que pueden dar lugar a la celebración de esta vista se encuentran cuando sea necesario que el apelante precise aspectos de hecho o de derecho referidos a los motivos por los que formula el recurso de apelación, o cuando el tribunal de oficio introduzca cuestiones procesales o normativas.

III. REVOCACIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS EN SEGUNDA INSTANCIA. PRESUPUESTOS

En el artículo 790 y siguientes de la LECrim. encontramos la tramitación general del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el juez de lo Penal, y contra las dic-

¹³ MAGRO SERVENT, V.: «De nuevo sobre la práctica de prueba en segunda instancia penal en los recursos de apelación», *La Ley Penal*, n.º 79, Sección Jurisprudencia Aplicada a la Práctica, febrero 2011.

tadas por la Sala de lo Penal de la AN, remitiéndose también a estos trámites el juicio rápido y el de faltas.

Se ha de reconocer que, pese a la amplitud que se ha querido dar al recurso de apelación, siempre ha estado sometido a la alegación de alguno de los motivos concretos previstos legalmente. Estos motivos están previstos en el apartado segundo del mencionado artículo 790 de la LECrim., evidenciando los mismos que nos encontramos ante una apelación limitada en la que se vincula la pretensión revisoria a los motivos previstos en la ley. Estos motivos sirven para configurar el objeto devolutivo y para concretar la revisión que efectúa el órgano *ad quem*. Pese a que nada se diga expresamente, es conveniente que en el escrito de formalización se siga el orden previsto en la LECrim.

En primer lugar, aparecen los motivos que se ocupan de la infracción de normas y garantías procesales que hayan causado indefensión y se hayan originado durante la primera instancia. Si prospera, puede dar lugar a la anulación de la sentencia, retrotrayéndose las actuaciones al momento en el que se produjo el defecto denunciado. También puede llevar consigo la nulidad de actuaciones, si bien para ello es necesario que el recurrente así lo hubiera solicitado¹⁴. Por último, también cabe que se entre en el fondo y que dicte sentencia absolutoria.

En segundo lugar, figuran los motivos que cuestionan el juicio de hecho, por error en la valoración de la prueba practicada, o por la utilización de medios probatorios obtenidos con infracción de las garantías constitucionales o las disposiciones normativas que las regulan. A través de este motivo el tribunal de apelación lleva a cabo un nuevo examen y valoración de la prueba practicada durante la instancia.

Por último, se recogen los motivos que denuncian infracción de normas sustantivas que afecten a la tipicidad o de atipicidad de hecho contenido en la sentencia de instancia, o por la aplicación o inaplicación de las normas que excluyen la responsabilidad criminal.

Entrando en cada uno de los motivos de apelación expuestos:

- **Por quebrantamiento de las normas y garantías procesales:**

Este motivo de impugnación se puede alegar cuando antes del juicio se haya producido una incidencia procesal que impida la celebración del juicio ajustado a los derechos procesales fundamentales, y que origine el dictado de una sentencia en la que se lesionen los derechos de alguna de las partes. También es posible que la infracción procesal se haya producido durante el juicio y que la sentencia dictada lesione los derechos de las partes.

¹⁴ Así lo puso de manifiesto la STC 4/2004, de 14 de enero.

El quebrantamiento de las normas y garantías procesales alegadas por el recurrente conlleva la afectación, entre otros, del principio de presunción de inocencia, del derecho a la tutela judicial efectiva o del derecho a ser enjuiciado por juez imparcial, debiendo mencionarse por el recurrente al indicar el motivo de impugnación.

Estas infracciones pueden dar lugar al dictado de una sentencia absolutoria o, en su caso, a la nulidad del juicio o la anulación del mismo cuando se denuncie la irregularidad en cuando se conoce y se recurre la sentencia como consecuencia, alegando dicha infracción.

En líneas generales, podemos identificar como infracciones que pueden justificar la pretensión de nulidad del juicio aquellas que no son susceptibles de ser reparadas por vía de recurso. Así, y a modo de ejemplo, si la infracción lo que ha provocado es la indebida práctica en juicio de prueba inválida o la admisión de prueba obtenida ilícitamente, y en la información que dicha prueba aporta se funda la sentencia de condena, por vía de recurso se puede resolver la lesión indebida del derecho a la presunción de inocencia, instando la absolución del acusado-condenado en primera instancia. Si, por el contrario, la infracción ha afectado a la determinación de las partes en juicio –con exclusión indebida de quien debió intervenir–, a la publicidad de la vista –por indebida restricción, *ex art. 680*–, a la imparcialidad del juez o tribunal o el juicio se ha celebrado de modo y manera que la reposición de los derechos de las partes que denuncian la infracción solo podrá practicarse anulando el juicio, lo que podrá conseguirse, si se denuncia la irregularidad en cuanto se conoce y se recurre la sentencia, es que es consecuencia de un juicio viciado.

- **Por error en la apreciación de la prueba:**

Alegado este motivo, y como se ha adelantado, se pretende que el tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo examen de la prueba practicada en el juicio oral realizado por el juez de instancia.

Debemos partir teniendo en cuenta que el órgano judicial que dicta la sentencia de instancia conoce en el acto del juicio oral de la actividad probatoria, como consecuencia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Su posición es idónea tanto para intervenir en la práctica de la prueba como para valorar su resultado de forma correcta mediante un proceso intelectual razonado y razonable, derivado precisamente de su apreciación personal¹⁵. El juez *ad quo* aparece facultado

¹⁵ El juez *ad quo* dispone de una situación privilegiada en la valoración de la declaración del acusado, de la prueba testimonial y pericial, cuando el propio perito interviene en el acto del juicio, ya que puede ver y oír, en el sentido más estricto de tales términos, a las personas que intervienen, apreciando su consistencia, coherencia, claridad, seguridad, dudas, vacilaciones o contradicciones.

expresamente por los artículos 741 y 973 de la LECrim. para apreciar en conciencia las pruebas que se practican ante el mismo¹⁶.

Con el recurso de apelación se posibilita al juez *ad quem* la facultad de reevaluación y apreciación de las pruebas practicadas en primera instancia. Si bien dicha facultad se ha visto seriamente limitada por criterios jurisprudenciales, adoptados por la generalidad de las AP¹⁷, en cuanto se refiere tanto a las sentencias condenatorias dictadas en la instancia como a las sentencias absolutorias, en este caso a partir de la STC 167/2002.

Debe tenerse en cuenta que el control de la valoración por parte del tribunal de apelación resulta una labor de difícil articulación, ya que carece de las ventajas dimanantes de la inmediación directa, pudiendo entrar tan solo a rectificar cuando las pruebas practicadas incorporadas válida y legítimamente al proceso carezcan de suficiente apoyo, o no exista un itinerario lógico racional y razonable en su valoración, estando ante una apreciación en conciencia, arbitraria y claramente rechazable por la más elemental lógica.

Siguiendo la sentencia dictada por el TC 123/2005, de 12 de mayo, la garantía de inmediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena, cuando el mismo consista no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato incriminatorio, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena.

Ante esta situación, cabe plantarse si es posible la reproducción de la grabación del acto de la vista llevado a cabo en la instancia. La respuesta habrá de ser afirmativa si la sentencia que se recurre en apelación es condenatoria. Podrá llevarse a cabo el visionado de la grabación cuando se alegue que la prueba practicada ha sido incorrectamente apreciada por el juzgado de instancia, tratándose de prueba de carácter personal, así como cuando se alegue infracción del derecho a la presunción de inocencia, por insuficiencia de prueba de cargo o por ausencia o insuficiencia de motivación fáctica. En tales casos, pretendida la revisión de la condena, y si en la celebración de vista prospera la pretensión de absolución o reducción de la sanción, no se infringe derecho fundamental alguno. Consecuentemente, la denuncia del derecho a la presunción de inocencia o de errores en la percepción de la prueba

¹⁶ Entre otras, SSTC de 13 de marzo de 2013 y de 4 de julio de 2011, y STS de 30 de junio de 2010, el criterio valorativo de la prueba recae sobre el juez *ad quo*, que lo deberá realizar en conciencia.

¹⁷ SAP de Murcia de 20 de febrero de 2012, SAP de Las Palmas de 29 de mayo de 2012, y SAP de Madrid de 15 de febrero de 2013, sección 26.

que se hayan podido provocar, o de dar como suficiente prueba un contenido que no lo era para enervar la citada presunción, constituyen causa justificativa para la revisión de la prueba practicada, sin necesidad de nueva práctica en condiciones de inmediación por parte del órgano de apelación. Ello permite el visionado de la grabación de la vista por parte del tribunal, sin necesidad, tan siquiera, de que se solicite su reproducción en vista pública.

No obstante lo expuesto, determinadas pruebas permiten situar al tribunal de apelación en la misma posición que el juez de instancia, tal y como reconocen, entre otras, las STC 170/2005 y 328/2006. Así, en la prueba documental o en el dictamen de peritos, cuando este no ha sido llamado a juicio, el órgano superior puede valorar la prueba con un criterio diferente al seguido por el órgano inferior.

De igual modo conviene destacar que las limitaciones expuestas son aplicables a la revisión fáctica, y no a la revisión jurídica que puede llevarse a cabo en segunda instancia, como se pone de manifiesto a partir de la STC 170/2002, de 30 de septiembre, aplicable también a las sentencias condenatorias, según la cual «no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado».

- **Infracción de normas del ordenamiento jurídico:**

En tal caso y pese a que no se exige expresamente, es preciso que se indiquen los preceptos legales o constitucionales infringidos que deben tener carácter sustantivo, ya que la impugnación de infracciones de carácter procesal se realiza a través del primero de los motivos de impugnación referidos, esto es, a través del quebrantamiento de normas y garantías procesales.

IV. REVOCACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS EN SEGUNDA INSTANCIA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE REVOCACIÓN CON BASE EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS PERSONALES

La posibilidad de impugnar una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria, mediante el recurso de apelación, viene dada en nuestro ordenamiento jurídico por la regulación que de ello hace la LECrim. en los artículos 790 y 791. Y así, nos dicen que la sentencia dictada por el juez de lo penal es apelable ante la AP, pudiendo ser interpuesto el recurso por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en el que se les hubiera notificado. En

principio, acusación o defensa podrían hacer uso de dicho recurso, sin embargo, y según el artículo 14.5 del Pacto InteLey de Enjuiciamiento Criminal Nacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y el artículo 2 del Protocolo número 7 a la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales¹⁹, que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la CE, el derecho a los recursos solo asiste a aquella parte que ha sido condenada por sentencia («declarada culpable») en un proceso penal. Por lo que las partes acusadoras, incluyendo el Ministerio Fiscal, no son titulares del derecho a los recursos, pero ello no quiere decir que no puedan recurrir en apelación, con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre sujetas a las limitaciones recogidas en el artículo 790.3 de la LECrim., que, después de recoger en el párrafo segundo los motivos en los que las partes han de basarse para impugnar la resolución²⁰, en cuanto a las pruebas a proponer en el escrito de formalización del recurso, afirma que estas solamente podrán versar sobre la práctica de (i) aquellas que la parte no pudo proponer en la primera instancia; (ii) de aquellas que fueron propuestas y se denegaron indebidamente, siempre que conste la formulación de protesta por la parte; y (iii) de las que habiendo sido admitidas no fueron practicadas por causas no imputables a la parte, de lo que se deduce la prohibición de reproducción de las pruebas ya practicadas en la primera instancia. El TC en la Sentencia 18/2010, de 8 de febrero, afirma que las acusaciones particulares no tienen un derecho constitucional a la garantía del recurso penal frente a una resolución absolutoria como parte de un derecho a un proceso con todas las garantías, sino que, más limitadamente, tienen un derecho al recurso legalmente establecido como una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es necesario en este punto acudir a la doctrina del TC y del TEDH, que, a lo largo de una dilatada jurisprudencia, han sentado las bases para la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal. Así, el TC en la Sentencia 167/2002 estableció que deben respetarse en todo caso los principios de inmediación, publicidad y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia y ello, haciendo una interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas²¹, siguiendo para ello la ju-

¹⁸ «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 en la ley.»

¹⁹ «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene el derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o de condena.»

²⁰ Artículo 790.2 de la LECrim: «El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de las normas del ordenamiento jurídico en las que se basa la impugnación.»

²¹ «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público du-

risprudencia del TEDH. El TC ha ido delimitando los supuestos en los que el tribunal de apelación podría revisar una sentencia absolutoria, y así podría realizarse: (i) cuando la revocación de la sentencia absolutoria provenga de una calificación jurídica distinta de los hechos declarados probados por el tribunal de apelación; (ii) cuando, aun modificándose los hechos probados con base en una nueva valoración de la prueba practicada en la primera instancia, no se trate de una prueba personal; o (iii), por último, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo por él empleado a partir de hechos tenidos en cuenta en la sentencia de instancia y no modificados en la apelación, pero a partir de los cuales el órgano de apelación deduzca otras conclusiones distintas a las que llegó el órgano de instancia. En estos tres supuestos se admite la posibilidad de revocación de la sentencia absolutoria de instancia, sin necesidad de celebrar nueva vista ni de oír al acusado absuelto, dado que no se vulneraría el derecho de defensa de este. Sin embargo, aun en esos tres supuestos, puede darse el caso de que se admita una vulneración del derecho de defensa si no se ha oído al acusado, porque la delimitación de lo que debe entenderse por «cuestión estrictamente jurídica» puede ser difícil, y el TC en la Sentencia 49/2009, de 23 de febrero, acogió el recurso de amparo por entender que, cuando el juicio de inferencia provenga de una valoración de pruebas personales, «resulta constitucionalmente necesario un examen directo y personal de dichas pruebas en respeto a las garantías de inmediación». El concepto de inmediación ha sido establecido por el TC como aquella garantía que consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que le corresponde su valoración²²; es mediante esta garantía que el juez de instancia accede a toda la información que proporciona la prueba ante él practicada, no solo la verbal, sino el modo de expresarse los testigos o el acusado, incluso en la prueba pericial médica, el lenguaje no verbal, el tono empleado, etc. Pero ello no puede conllevar una limitación al control cognitivo del tribunal superior porque el de instancia realice una selección de dichos medios probatorios que impida al primero conocer lo que efectivamente ocurrió en el acto del juicio, ya de que otro modo se vería limitado el derecho de defensa de las partes.

Como hemos adelantado, ha sido el TEDH el que ha establecido una jurisprudencia uniforme exigiendo la práctica de las pruebas en segunda instancia cuando se trata de revisar una valoración de hechos probados²³; ya desde la Sentencia de 27 de junio de 2000, destaca la importancia del principio de inmediación en el proceso penal; cuando de lo que se trata es de examinar y revisar una sentencia en el grado de apelación y se está llamado a conocer cuestiones de hecho y de derecho, no podrá decidir las «sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado (...) que debía ser oído por el tribunal de apelación especialmente», se requiere una nueva

rante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.»

²² STC 16/2009, de 26 de enero.

²³ MAGRO SERVET, V.: «De nuevo sobre la práctica de prueba en segunda instancia penal en los recursos de apelación», *La Ley Penal*, 79, págs. 4-11.

apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia. Entiende el TEDH que ello no sería conforme con las exigencias de un proceso equitativo que se encuentra garantizado por el artículo 6.1 del Convenio de Derechos Humanos. Sin embargo, según el TEDH no sería necesaria audiencia pública cuando lo que existe son diferentes interpretaciones jurídicas respecto de las realizadas por el tribunal de primera instancia²⁴. Es vital, por tanto, la diferenciación ya adelantada de que por el tribunal de segunda instancia se realice una valoración acerca exclusivamente de una cuestión jurídica, o que se entre a valorar una cuestión de hecho, entre las que el TEDH y el TC incluyen la valoración del elemento subjetivo del injusto, dado que alberga un componente fáctico que haría imprescindible oír nuevamente al acusado. Es difícil delimitar qué debe entenderse por cuestión jurídica o cuestión de hecho a valorar por el tribunal de segunda instancia; el TS recoge esa disparidad de criterios entre el TEDH y el TC y el propio TS en la Sentencia de 19 de julio de 2012, criticando la imposición de la tesis del TEDH sobre los criterios del TC y el TS²⁵.

Distinto es el supuesto de que por el tribunal de apelación se tenga que valorar para resolver el recurso únicamente prueba documental. Para ello no será necesario un nuevo juicio penal²⁶, porque, en atención a la naturaleza de tales pruebas, no necesita intermediación, siempre y cuando la valoración lo sea exclusivamente de estas pruebas sin que exista, aunque sea de forma indirecta, una valoración de pruebas personales, porque ahí sí que se aplicaría de lleno el principio de intermediación, debiendo ser oído nuevamente el acusado en virtud del derecho de defensa.

Por tanto, cuando nos encontramos ante la posible revocación de una sentencia de instancia con base en la práctica de pruebas personales es necesario, según la doctrina establecida por el TEDH y por el TC español, que ante el tribunal de apelación se solicite por la parte apelante la celebración de una nueva vista a la que deberán ser citados el acusado o acusados absueltos y los testigos que hubieren depuesto en la primera instancia, si se quisiera basar el recurso de apelación en alguna de dichas pruebas, siempre dentro de los motivos que hemos enumerado al principio que establece el artículo 790.2 de la LECrim., dado que de lo contrario se vería vulnerado el derecho de defensa del acusado absuelto en primera instancia y podría declararse la nulidad de la sentencia en un posible recurso de amparo posterior ante el TC. Es necesario que el tribunal de apelación pueda realizar las preguntas que considere pertinentes además de las que se realicen por las partes, para dar cumplimiento a las exigencias derivadas del principio de contradicción y del de intermediación, debiendo existir una concurrencia espacio-temporal entre quien declara y ante quien se declara. Así, la Sentencia del TC 167/2002, de 18 de septiembre, exige el

²⁴ STEDH de 16 de febrero de 2008.

²⁵ «Entre los puntos a destacar de la resolución del TEDH sobresalen el que considere de forma reiterada que la verificación de la voluntad defraudatoria del acusado es un tema de naturaleza sustancialmente factual, arrinconando así en el curso de la argumentación las tesis relativas a la concepción de los hechos psíquicos como juicios de valor que han de excluirse de la premisa fáctica de la sentencia para insertarlos como criterios normativos en la fundamentación jurídica; tesis que eran sostenidas por la sentencia del TC y por la de esta Sala, pero que el TEDH rechaza por generar efectos en el ámbito probatorio contrarios al artículo 6 del CEDH.»

²⁶ STC 271/2005, de 24 de octubre.

cumplimiento de la garantía de la inmediación en la valoración de las pruebas personales por el órgano de segunda instancia; y, en las Sentencias 184/2009, de 7 de septiembre, y 45/2011, de 11 de abril, exige la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la CE. Sin embargo, de lo anterior no se deduce que la segunda instancia se convierta en una repetición del juicio ya realizado con anterioridad, y ello en virtud de la limitación establecida por el artículo 790.3 de la LECrim., que, como manifiesta el TS en la Sentencia de 19 de julio de 2012, «se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en segunda instancia, acogiendo solo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de las pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida por la primera instancia». Entienden tanto la doctrina mayoritaria como el TS que de lo contrario se instauraría un modelo de recurso de apelación «pleno» y amplio, alejado del actual recurso de apelación «limitado» que se recoge en nuestra legislación.

Con relación a lo anterior, se ha analizado por la doctrina y por la jurisprudencia el papel cada vez más importante que juega en nuestro ordenamiento jurídico procesal la grabación audiovisual del acto del juicio oral, regulada en el artículo 743 de la LECrim., reformado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Ante la pregunta de si el visionado de dicha grabación (que está adverbada por el secretario judicial del órgano judicial de primera instancia) es suficiente para garantizar el principio de inmediación requerido tanto por el TEDH como por el TC, este último responde de forma negativa, por entender que la garantía de la inmediación es mucho más amplia, ya que requiere el contacto directo del juez con la prueba en cuestión²⁷; sin embargo, el propio TC, en la Sentencia citada 16/2009²⁸, entiende que debe valorarse si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de reproducción de la imagen y el sonido, existiendo una línea jurisprudencial²⁹ que sí que da por cumplido el principio de inmediación, tal y como lo define el TC, con la reproducción y el visionado de la grabación, relacionándolo con lo dispuesto por el artículo 791.2 de la LECrim., introducido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que permite a las partes, al recurrir en apelación, la reproducción de la grabación en la vista pública. A idéntico razonamiento llega el TS en su Sentencia de 19 de julio de 2012, afirmando que es contradictoria la posición del TC con la realidad sociojurídica que lleva al uso cada vez mayor de la videoconferencia para la práctica de pruebas testificales, sobre todo, en la primera instancia.

A pesar de dichas corrientes contrarias al formalismo exigido por el TC, actualmente se sigue manteniendo dicho rigor en cuanto a la exigencia de la presencia personal de testigos/acusados cuyas manifestaciones o la interpretación de las mismas por el tribunal de primera instancia han sido cuestionadas en el recurso de apelación, siendo insuficiente para garantizar la inmediación

²⁷ SSTC 16/2009, de 26 de enero.

²⁸ MAGRO SERVET, V.: «De nuevo sobre la práctica de prueba en segunda instancia penal en los recursos de apelación», *La Ley Penal*, 79, págs. 5-11.

²⁹ SAP Madrid, Sección 15.ª, de 4 de marzo de 2008, y STS 32/2012, de 25 de enero.

la reproducción de la grabación de la vista realizada en primera instancia. No obstante, dicha grabación (art. 791) se podrá visionar en la segunda instancia y ser utilizada para interrogar a los testigos sobre posibles contradicciones, de forma que ante el órgano de apelación se lleve a cabo una nueva actividad probatoria que tenga por base dicha grabación audiovisual.

Entiendo que este sistema garantista establecido por el TC consistente en la necesaria repetición de la prueba personal cuestionada en el recurso de apelación, ante la segunda instancia, conlleva una serie de inconvenientes que hacen que se ralentice aún más la ya lenta maquinaria de la Administración de Justicia, y así, la celebración de una nueva vista requiere una nueva citación de acusado y sobre todo de los testigos, que en la mayoría de los casos será la tercera o cuarta ocasión en la que tengan que personarse ante un órgano judicial, con las dificultades prácticas que muchas veces entrañan dichas citaciones; además, estos testigos, al conocer el resultado del juicio anterior, pueden verse mediatizados por él y, con el tiempo transcurrido, sus respuestas pueden ser más vagas e incoherentes que en las primeras ocasiones; e, incluso como ha mantenido el TS en la Sentencia de 19 de julio de 2012, la primera instancia puede resultar devaluada, «quedando todo a expensas de la segunda, que será cuando la prueba ha de determinar la convicción del tribunal que decida de forma definitiva el procedimiento.»

A la vista de los requisitos que exigen tanto el TEDH como el TC para la posibilidad de revocación en segunda instancia de sentencias absolutorias con base en la práctica de pruebas personales, tanto la doctrina como incluso el TS entienden que vamos hacia una desaparición del recurso de apelación para las víctimas de posibles delitos cuyas denuncias han sido desestimadas en una primera instancia penal³⁰. De hecho, el anteproyecto de la LECrim. anterior preveía el recurso de apelación solo para las sentencias condenatorias, recogiendo en su Exposición de Motivos: «Cuando sean los acusadores los apelantes, podrá discutirse en el recurso, sin limitación alguna, la aplicación del derecho sustantivo y procesal. No podrán, en cambio, impugnar la resolución absolutoria con la finalidad de que los hechos sean sometidos a una nueva valoración del tribunal de apelación [...], solamente podrán formular su recurso por motivos de infracción de ley». Si a todo lo anterior unimos el hecho de que el Pleno de la Sala Segunda del TS ha adoptado, en fecha de 19 de diciembre de 2012, el acuerdo por el cual entienden que «la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley», y si lo trasladamos al recurso de apelación, donde tampoco está previsto legalmente, la doctrina del TC dejaría de ser aplicable. Queda a mi juicio muy diluida la posibilidad de que las partes acusadoras puedan conseguir una revocación de una sentencia absolutoria cuando haya que entrar a valorar pruebas personales, aun cuando el órgano de apelación haya llegado a la conclusión de que procede la estimación del recurso interpuesto³¹, por lo que procede una reforma de la ley procesal que

³⁰ CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M.ª: «Hacia la definitiva desaparición del recurso de apelación frente a sentencias absolutorias», *La Ley*, 10414/2012, pág. 11, y STS de 19 de julio de 2012.

³¹ STS de 19 de julio de 2012: «Por consiguiente, aunque en el fundamento primero de esta sentencia se ha razonado que convergen en este caso, a tenor de la premisa fáctica, los elementos objetivos del delito de alzamiento de bienes,

aborde la problemática de la impugnación por parte del Ministerio Fiscal o las acusaciones de resoluciones absolutorias, ya que de no hacerse se les está privando de facto si no al derecho al recurso, que ya hemos visto que no lo tienen, sí al derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la CE.

y también que incluso mediante un juicio de inferencia todo aparenta que también se da el elemento subjetivo del referido tipo penal, esta última convicción no se puede plasmar en esta instancia debido a los requisitos procesales que vienen exigiendo la doctrina jurisprudencial del TEDH y del TC con respecto a los principios de contradicción e intermediación y al derecho fundamental de defensa. Así las cosas, no puede acogerse el motivo segundo del recurso y no cabe anular la absolución de la resolución recurrida con respecto al delito de alzamiento de bienes».