



A S O C I A C I O N  
DE JUECES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Luis Cáceres Ruiz



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 15. MAYO 2017

## LA EFECTIVA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

MANUEL JAÉN VALLEJO  
Magistrado  
Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

## LA EFECTIVA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

MANUEL JAÉN VALLEJO

*Magistrado*

**VOCES: Sistema de recursos. Recurso efectivo. Segunda instancia penal. Generalización de la apelación contra sentencias. Alcance de la revisión. Apelación limitada. Recurso de apelación contra sentencias absolutorias. Principio de inmediación. Ponderación racional de la prueba. Estructura del juicio sobre la prueba. Entendimiento racional de los hechos.**

*La reforma operada por la LO 19/2003, de 23-12, de reforma de la LOPJ, generalizó la segunda instancia penal, pero el mandato de adecuación de las normas procesales no se realizó hasta la Ley 41/2015, de 5-10, de modificación de la LECrim., llevándose a cabo la dotación de plazas para hacer efectiva la segunda instancia penal en el Real Decreto 229/2017, de 10-3. Se hace realidad, pues, la segunda instancia penal en nuestro país, de inminente efectiva implantación, aunque en el artículo se pone de manifiesto que el PIDCP no reconoce ningún derecho a una segunda instancia, sino un derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena mediante un recurso efectivo ante un tribunal superior, que se ha venido cumpliendo en nuestro país a través del recurso de casación. En el artículo se examina la reforma de la apelación contra sentencias llevada a cabo por la Ley 41/2015, con especial referencia al recurso de apelación contra sentencias absolutorias, y en él se concluye que mientras que al juez enjuiciador le corresponde basar su condena en una prueba suficiente y lícita, así como ponderarla en forma racional, al tribunal revisor le*

*corresponde verificar, precisamente, esos extremos, que nada tienen que ver con la inmediación, de la que carece.*

## INTRODUCCIÓN

1. El sistema de recursos es uno de los aspectos principales de toda reforma procesal, pues es el que permite garantizar una decisión correcta del caso, así como la unidad en la aplicación del derecho. La falibilidad humana puede llevar a una aplicación errónea del derecho<sup>1</sup>, error que, naturalmente, no puede generar responsabilidades personales, y cuya solución ha de encontrarse en la previsión de un buen sistema de revisión de las decisiones, esto es, de un adecuado sistema de recursos procesales.

Recursos que pueden referirse a las decisiones de los jueces y tribunales acordadas durante el procedimiento, bien en fase de instrucción, bien en fase intermedia, luego contra resoluciones interlocutorias, adoptadas antes de la decisión definitiva del asunto, o bien pueden referirse a la sentencia que pone fin al proceso, aunque no sea aún firme.

Ahora bien, la necesaria eficacia del sistema procesal en general y, en particular, del proceso penal, sobre la que tanto se habla, necesariamente pasa por la reducción del tiempo que se dedica al proceso, para lo que es esencial, entre otras medidas, como podría ser el mayor protagonismo de la mediación, racionalizar el sistema de recursos contra las resoluciones interlocutorias, simplificándose y unificándose los recursos. Y es que no debe olvidarse la función que tiene el procedimiento preliminar o instrucción, que no es otra sino la de preparar el juicio oral, que es el verdadero proceso. La instrucción pretende esclarecer una sospecha que permita seguir con el procedimiento y

---

1 V., ampliamente, Jaén Vallejo, M., *Estudios Penales*, Santiago de Chile, 2006, pp. 372 y ss.; también en “Derechos procesales fundamentales: su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en el sistema de recursos”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 89/2006, pp. 19 y ss.

celebrar el juicio, pero no tiene como finalidad alcanzar una convicción que permita basar una condena, algo que corresponde exclusivamente al órgano enjuiciador. Por ello, los principios que rigen en una y otra fase del procedimiento no son los mismos, y por más que se deba respetar, dada la trascendencia que la instrucción tiene para el afectado, el principio de igualdad de armas, no se puede pretender llevar a la instrucción principios del juicio, tales como la publicidad, oralidad, inmediación o contradicción, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, pues es en el juicio, ante el órgano judicial competente, en donde deben practicarse las pruebas, con todas aquellas garantías.

2. Los principios y garantías del proceso penal guardan una relación directa con los derechos fundamentales del ciudadano, siendo imprescindibles para su salvaguardia. De poco serviría el desarrollo del derecho penal material, de sus principios básicos, como el de legalidad y el de culpabilidad, si, por ejemplo, se permitiera, como en tiempos de la monarquía absoluta, la obtención de declaraciones bajo amenaza o, incluso, bajo torturas, si no se contemplaran los mecanismos procesales necesarios para el ejercicio del derecho de defensa, o si no se reconociera, con todas las consecuencias que ello implica, el derecho a la presunción de inocencia.

Como tantas veces se ha dicho, el proceso penal es la realización del derecho penal. Por ello, los principios y garantías procesales tienen tanta importancia como la que tienen los principios legitimantes del derecho penal material; ni aquéllas ni éstos se pueden ignorar en la aplicación de la ley penal. No ha de extrañar, pues, la permanente preocupación de los juristas por un adecuado desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal.

Es ya clásica la expresión de Roxin, en el sentido de que "el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución"<sup>2</sup>, de tal modo que el

---

2 *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1998, § 2.

reconocimiento o no de derechos fundamentales procesales permitiría medir el carácter autoritario o liberal de la sociedad.

El proceso es esencialmente un instrumento del Estado de Derecho, en el que la base es la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido proceso (*due process model*). Es más, como recientemente se ha puesto de manifiesto, la presunción de inocencia “es la protección del proceso mismo”<sup>3</sup>. En este modelo procesal, aquel derecho fundamental, y otros igualmente esenciales, como el derecho de defensa, el derecho al juez natural, el derecho a un juez imparcial, el derecho a ser informado de la acusación, o, en fin, lo que en España se denomina «derecho a un proceso con todas las garantías», del que forma parte el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, que es el que aquí es objeto de análisis, son considerados absolutamente necesarios, verdaderos presupuestos legitimadores del proceso penal.

## **1. EL DERECHO A SOMETER EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA ANTE UN TRIBUNAL SUPERIOR**

1. El derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior tiene su engarce en el art. 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) (Nueva York, 1966), a cuyo tenor "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo (...)", en relación con el art. 14.5 PIDCyP, que reconoce a toda persona declarada culpable de un delito el "derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley" . Es decir, la materialización de este derecho, que no es, en realidad, un derecho a la doble instancia penal, depende de las características procesales de cada país, siendo lo decisivo que a través de

---

<sup>3</sup> Cfr., en este sentido, con amplia bibliografía, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid, 2012, p. 36.

un Tribunal superior exista la posibilidad de anular las resoluciones del inferior.

Y aunque se ha venido insistiendo mucho a lo largo de los últimos años en la necesidad de instaurar efectivamente la segunda instancia penal en nuestro país, arguyendo a tal efecto la necesidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay que señalar que este Pacto internacional no reconoce ningún derecho a una segunda instancia, sino un derecho, no por ello menos efectivo, a la revisión del fallo condenatorio y la pena mediante un recurso efectivo ante un Tribunal superior<sup>4</sup>. Y esta necesidad de contar con un recurso efectivo se ha venido cumpliendo perfectamente a través del recurso de casación<sup>5</sup>. El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia 918/2007, aclaraba que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha aceptado la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 del Pacto “con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba y la legalidad de la obtención y valoración de la prueba, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

2. Precisamente por todas estas razones, el Tribunal Constitucional español ha venido considerando desde bien temprano que el recurso de casación penal, aunque tenga un marco limitado, cumple suficientemente el PIDCyP<sup>6</sup>. Y es que, efectivamente, la casación penal

---

4 Cfr. sobre esta cuestión, Jaén Vallejo, M., "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, núm. 453, 21 de septiembre de 2000, pp. 1 a 3, y "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (II)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, núm. 462, 23 de noviembre de 2000, pp. 4-6. Este último en réplica del publicado por el abogado Mazón Costa, J.L., en esta misma revista el 10 de octubre de 2000.

5 V., ampliamente al respecto, Urbano Castrillo, E., en *La nueva casación penal*, Madrid, 2002.

6 Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 80/2003, reitera que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena, siempre que, en primer lugar, se realice una

española, lo mismo que la de otros países de la Unión Europea que tienen estructurada su jurisdicción en forma similar a la española, como Alemania, Francia e Italia, cumple sobradamente las exigencias de los arts. 2.3 a) y 14.5 del PIDCyP, pues aunque el recurso no reciba el nombre de apelación, que es el término utilizado en el sistema procesal penal anglosajón, ni se la califique formalmente de «segunda instancia», venía permitiendo el control en la aplicación del derecho sustantivo y de los principios del proceso penal (arts. 849.1º, 850 y 851 LECrim.), poder entrar en el eventual error en la apreciación de la prueba, basado en documentos con fuerza vinculante que obren en autos y que demuestren la equivocación del Tribunal de instancia (art. 849.2º LECrim.), controlar la valoración de la prueba en lo que es controlable, esto es, en cuanto a su razonabilidad o no arbitrariedad, según la orientación jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo<sup>7</sup> y, en fin, también permite el conocimiento de toda pretendida infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la LECrim.).

Si a todo lo anterior añadimos que la casación penal española no reenvía la causa al tribunal que dictó la sentencia impugnada, salvo supuestos de quebrantamiento de forma, sino que el mismo Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia sobre el fondo que sustituye a la anulada, conforme a la doctrina que este Tribunal aplica en su Sentencia, facilitando así al ciudadano la reparación inmediata de la lesión jurídica

---

interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional, que es lo que ocurre precisamente en España desde hace ya años, rigiendo de hecho un sistema de «casación ampliada», paralelamente al de una «apelación limitada», de tal manera que, en realidad, las diferencias entre una y otra son prácticamente irrelevantes. Y siempre que, en segundo lugar, añade la Sentencia del Tribunal Constitucional, el derecho reconocido en aquel Pacto Internacional se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primer instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto.

<sup>7</sup> Jurisprudencia, a mi juicio, desconocida por el Comité de Derechos Humanos de la ONU con ocasión de su Dictamen de 20-7-2000; cfr. Jaén Vallejo, M., "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20-7-2000)", I y II, *Actualidad Aranzadi*, núms. 453 y 462, de 21-9-2000 y 23-11-2000.



sufrida, es palmariamente claro que el recurso de casación venía siendo un verdadero "recurso efectivo", en el sentido del art. 2.3 a) PIDCyP, al permitir un nuevo y amplio examen de cuantas cuestiones son susceptibles de revisión por un Tribunal superior (art. 14.5 PIDCyP), que puede, además, revocar la sentencia recurrida y dictar, él mismo, una nueva sentencia.

El recurso de casación penal, pues, en el modo en que se ha venido aplicando, considerablemente ampliado, era compatible con el art. 14.5 del PIDCyP, tanto respecto a las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso, como también respecto a las cuestiones de hecho, pues las cuestiones de hecho que quedaban fuera del recurso se reducían "a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma". Es decir, en realidad el único límite que tenía el recurso de casación en la revisión fáctica, era el que representaba el principio de inmediación, límite que también se aplica en el recurso de apelación, al menos desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 210/2017 (Pleno), con la que se inaugura la nueva modalidad de casación derivada de la Ley 41/2015, refería cómo este Tribunal ha tenido que ir haciendo frente en los últimos años a exigencias derivadas de "un plausible sistema de recursos", "enturbiando o minimizando las genuinas misiones que un recurso de casación está llamado a cubrir".

En cualquier caso, la reforma procesal de la Ley 41/2015 ha optado finalmente, en coherencia con lo ya regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde 2003, por generalizar la apelación, introduciendo también modificaciones en el recurso de casación y en el extraordinario de revisión.



## 2. LA REFORMA DE LA APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS POR LA LEY 41/2015: GENERALIZACIÓN DE LA APELACIÓN («SEGUNDA INSTANCIA PENAL») Y MANTENIMIENTO DE UNA «APELACIÓN LIMITADA».

1. Al margen del debate relativo al cumplimiento o no por España de los convenios internacionales en esta materia antes de la reforma que ha hecho efectiva la segunda instancia penal, ha sido una cuestión especialmente debatida en los últimos años la relativa a la conveniencia de generalizar la apelación contra sentencias en todo tipo de procesos, de tal modo que sea posible la apelación no sólo contra las Sentencias que dictan los Juzgados de lo Penal, sino también contra las que dictan las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, así como la cuestión relativa a qué clase de apelación, esto es, si limitada, como la actual, o con revisión total del juicio oral, lo que conllevaría una repetición del juicio y, en fin, si la apelación se debía prever también contra sentencias absolutorias.

En realidad, Alemania es el único país en el que se repite totalmente el juicio en apelación, aunque la apelación sólo está prevista contra resoluciones de los jueces unipersonales y de los tribunales de escabinos, y lo cierto es que este recurso de apelación ha sido muy protestado y criticado, entre otras razones porque el tiempo perjudica mucho la eficacia de los medios de prueba (se ha llegado a decir que la apelación es una irracionalidad)<sup>8</sup>. No parece, pues, que la repetición íntegra en apelación del juicio sea la solución: la apelación debe tener un carácter limitado<sup>9</sup>. Con razón ha dicho Schünemann que “(la) segunda

---

8 V., ampliamente, sobre el particular, Bacigalupo, E., “Derechos procesales fundamentales”, Manuales de Formación Continua, Consejo General del Poder Judicial, núm. 22/2004, pp. 536 y ss., explicando cómo los antecedentes y la práctica de la apelación plena, salvo las excepciones del parágrafo 325 StPO, permite concluir que esta apelación no sea considerada como un recurso eficiente.

9 V. Hermosilla Martín, R. y Casanueva Pérez-Llantada, J., en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI*, Libro Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006, sobre las denominadas «apelación plena» y «apelación limitada» y, en general, la valoración y práctica de la prueba en el recurso de apelación, pp. 917 y ss.

instancia debe estar pensada como procedimiento de protección jurídica contra lesiones de Derecho de la primera instancia”<sup>10</sup>.

La Ley 41/2015<sup>11</sup> generaliza la segunda instancia, esto es, prevé el recurso de apelación contra todas las sentencias penales, salvo para los aforados, articulándose además, aunque ello queda extramuros del presente trabajo, un sistema que permite que el Tribunal Supremo pueda elaborar jurisprudencia en relación a todos los delitos, opta por una apelación limitada, sin repetición del juicio, y prevé una apelación contra sentencias absolutorias, cuestión esta última a la que luego me referiré.

2. Hasta la reforma operada por la Ley 41/2015, la apelación sólo era posible en relación a sentencias dictadas por los jueces de lo penal (art. 790) y jueces centrales de lo penal, es decir, en relación a delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años, multa o cualquier otra pena que no excediera de diez años; también en relación a las sentencias dictadas por los jueces de instrucción en los juicios de faltas<sup>12</sup>. En relación a los demás delitos sólo era posible el recurso de casación, aunque este recurso, al permitir una revisión de todo lo acordado en la instancia que no dependiera de la inmediación, no tenía, en verdad, como se dijo, un alcance menor que el que correspondía a la apelación<sup>13</sup>; en realidad, sólo las cuestiones de hecho, las que exigen una

10 Schünemann, B., *La reforma del proceso penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 26, Madrid, 2005, p. 87.

11 V., ampliamente, Marchena Gómez, M. y González-Cuellar, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015.

12 La razón de que unas sentencias pudieran ser objeto de una revisión más amplia a través del recurso de apelación y otras de una revisión, la del recurso de casación, en principio más estrecha, residía en la consideración, ciertamente cuestionable, de que las sentencias dictadas por un órgano unipersonal requerían de una revisión más amplia que aquellas otras dictadas por un órgano colegiado.

13 Ello al menos desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1988, en la que quedó claro que el principio de la libre valoración de la prueba (art. 741) significa que el juez debe apreciar las percepciones durante el juicio según las reglas del criterio racional, es decir, según las reglas de la lógica y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia. Por tanto, ese soporte racional del juicio sobre la prueba es perfectamente revisable por el Tribunal Supremo, pues, en realidad, al ser una cuestión de derecho, no de hecho, su vulneración supone una infracción (indirecta) de ley. V. al respecto, Jaén Vallejo, M., en “El criterio racional en la apreciación de la prueba penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, n° 1/1989.

repetición de la prueba para juzgarlas sobre la base de la inmediación, han quedado fuera de la casación.

Ciertamente, la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/2003 ya había introducido la necesaria previsión orgánica para hacer realidad la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, otorgando a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (art. 73.3 c), y creando una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional para el conocimiento de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal (art. 64 bis). Sin embargo, como es bien sabido, esta reforma no pudo hacerse realidad porque, por un lado, no se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el necesario desarrollo procesal de las previsiones de aquella ley orgánica, y porque, por otro lado, tampoco se hicieron las previsiones necesarias en la planta judicial a fin de que aquellas salas de lo penal dispusieran de la correspondiente dotación. Es decir, transcurridos doce años no se había cumplido hasta la reforma procesal de la ley de 2015 el mandato de adecuación de las normas procesales contenido en la disposición final segunda de aquella Ley Orgánica 19/2003, estando vigente mientras tanto un sistema procesal con apelación reducida y casación ampliada.

A la Ley 41/2015 le ha seguido el Real Decreto 229/2017, de 10 de marzo, por el que se crean 16 plazas de magistrados en órganos colegiados (Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia) para hacer efectiva la segunda instancia penal, con fecha de efectividad de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional e inicio de su competencia el 1-6-2017, quedando pendiente la efectividad del inicio de actividad de las Secciones de Apelación Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su fijación por el Ministro de Justicia, oído el CGPJ y las comunidades autónomas afectadas; fechas de efectividad que se irán publicando en el BOE. De todos modos, el propio Real Decreto prevé que transcurridos 18

meses el Ministerio de Justicia efectuará “un análisis de la evolución real de las cargas de trabajo y de las necesidades judiciales existentes a fin de valorar la necesidad de acordar, en su caso, la dotación de nuevas plazas de magistrado en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la creación de nuevas Secciones de Apelación Penal”. Es decir, habrá que ver qué incremento de apelaciones se produce y, por tanto, qué carga real de trabajo habrán de asumir los magistrados de aquellas salas de apelación, para ir ajustando, en su caso, la planta judicial.

Las anteriores previsiones son coherentes con lo dispuesto en el apartado 6 del art. 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la modificación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en el que se prevé que “en el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse una o más Secciones e incluso Sala de lo Penal con su propia circunscripción territorial en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere la letra c) del apartado 3 de este artículo y aquellas otras apelaciones atribuidas por las leyes al Tribunal Superior de Justicia”. Ciertamente, aunque los Tribunales Superiores de Justicia, por lo general, venían de una situación de carga de trabajo inferior a la prevista en los módulos fijados por el Consejo General del Poder Judicial, por lo que la previsión es que el incremento de trabajo derivado del nuevo recurso de apelación no supere aquellos módulos, la ley contempla con buen criterio la posibilidad de creación de varias secciones cuando el número de asuntos lo aconseje, lo que tendrá lugar sin duda en el caso de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Cataluña, Comunidad Valenciana, y Madrid, razón por la que ya de inicio se dota de nuevas plazas de magistrado para estos altos tribunales que, naturalmente, habrán de acompañarse de un incremento de las relaciones de puestos de trabajo de Letrados de la Administración de Justicia y del personal al servicio de la Administración de Justicia, como así queda contemplado en el referido Real Decreto 229/2017, así como también de los necesarios fiscales.

3. La reforma procesal de la Ley de 2015 ha optado, como se dijo, en coherencia con lo ya regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde 2003, por generalizar la apelación, a cuyo efecto introduce un nuevo precepto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se trata del art. 846 ter, que tiene el siguiente contenido:

*1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.*

*2. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.*

*3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.*

Por su parte, el apartado 2 del art. 790, al que se hace remisión, pasa a tener un párrafo más, dedicado al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso de apelación, con el siguiente tenor:

*“Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o*

*algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.*

Y el art. 792 queda redactado de la siguiente manera:

*1. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia cuando no hubiere resultado procedente su celebración.*

*2. La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.*

*No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.*

*3. Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.*

*4. Contra la sentencia dictada en apelación solo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847, sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes o en el artículo siguiente para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado. Cuando no se interponga recurso contra la sentencia dictada en apelación los autos se devolverán al juzgado a los efectos de la ejecución del fallo.*



5. *La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.*

4. La reforma de la apelación que se ha llevado a cabo se extiende a todo tipo de procesos, de tal modo que el recurso podrá interponerse, conforme a lo previsto en el transcrito art. 846 ter, contra todas las sentencias, tanto las recaídas en causas por delitos menos graves como las recaídas en causas por delitos graves, aparte de las recaídas en los procedimientos por delito leve<sup>14</sup>. Sólo quedan fuera de la apelación los supuestos de sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o el Tribunal Supremo en supuestos de personas aforadas.

Para el caso de los delitos leves el párrafo 2º del numeral 2º del apartado 1 del art. 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por la Ley Orgánica 13/2015, deja claro que

*“para el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de Instrucción en juicios por delitos leves la Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto”.*

El legislador español, pues, ha adoptado por una solución satisfactoria en esta materia, que toma en cuenta la experiencia alemana. El recurso de apelación –con un alcance similar al actualmente vigente–, se extiende a todas las sentencias, como venía siendo ampliamente demandado, pero sin repetición del juicio oral, salvo que la nulidad acordada en la sentencia de apelación se extienda al juicio oral y aquellos

---

14 V. Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la reforma operada por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Las sentencias dictadas por los jueces de instrucción en esta materia de delitos leves, lo mismo que ocurría con las faltas, serán recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 976, en relación a los arts. 790-792), todos ellos de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015. Téngase en cuenta, además, que de acuerdo con la modificación introducida en el art. 14.3 por la Ley 41/2015, cuando el delito leve o su prueba estuviese relacionado con alguno de los delitos que son de competencia del Juez de lo Penal, éste será el competente para su conocimiento y fallo, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia en caso de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso (art. 801), o de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto.



casos de quebrantamiento de forma en los que se retrotraiga el procedimiento a un momento anterior al juicio.

Y en cuanto a la apelación contra sentencias absolutorias, se introducen algunas previsiones de interés en relación al error en la valoración de la prueba, al prever la reforma que la acusación, tanto para el caso de que pida la anulación de una sentencia absolutoria como cuando pida la agravación de una sentencia condenatoria, justifique la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma, o su apartamiento de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada.

Naturalmente, si la sentencia condenatoria sólo es recurrida por el condenado rige el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*<sup>15</sup>.

### 3. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS.

1. Aunque la apelación contra sentencias absolutorias plantea problemas constitucionales y prácticos, pues, por un lado, el principio *ne bis in idem* procesal no parece que consienta abrir la posibilidad de un nuevo peligro de condena<sup>16</sup>, y, por otro lado, el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior, obliga en estos supuestos a pasar por una tercera instancia, en la hipótesis de que la segunda sentencia fuera condenatoria, la Ley 41/2015 ha optado por

15 En el régimen de garantías de los recursos, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva la prohibición de la *reformatio in peius*. Así, en su Sentencia 28/2003, señalaba este Tribunal que en segunda instancia no es posible modificar de oficio la sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron; efecto, añade la Sentencia del Tribunal Constitucional, que debe prevalecer incluso respecto del principio de estricta sumisión del Juez a la ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la sentencia.

16 Aunque en España la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2004, de 6 de octubre, declaró que la prohibición del *ne bis in idem* opera respecto de sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, de tal manera que no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado, luego de recurrida la resolución en apelación. Según este Tribunal no existe impedimento constitucional para que una sentencia penal absolutoria, si la legalidad infraconstitucional lo permite, pueda ser objeto de recurso de apelación, para que por ello pueda ser anulada en la apelación y para que consecuentemente pueda celebrarse un segundo juicio penal respecto del acusado.

prever también el recurso de apelación contra estas sentencias, si bien muy limitadamente. Concretamente, la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia, ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas, en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, este precepto añade, en su párrafo segundo, que “la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida”, y “la sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

Se trata, pues, de que si la sentencia de apelación estima el recurso de la acusación por error en la apreciación de las pruebas, conforme a lo previsto al efecto en el art. 790.2, párr. 3º antes transcrito, en el que se pide la anulación de una sentencia absolutoria o el agravamiento de una condenatoria, aquélla no podrá incluir, a diferencia de lo que ocurre cuando la sentencia de apelación estima un recurso basado en infracción de ley, un fallo condenatorio, sino que habrá de anular la sentencia recurrida y devolver las actuaciones al órgano *a quo*, concretándose en la misma si la nulidad se extiende al juicio o no. Por lo general, tratándose de una insuficiencia o falta de racionalidad de la motivación fáctica de la sentencia o de la omisión de razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, bastará con que se acuerde el dictado de una nueva sentencia por el órgano que dictó la resolución anulada. Y en los casos de quebrantamiento de forma, que naturalmente también lo son de ley, e incluso en la mayoría de los casos de normas constitucionales, el órgano *ad quem* habrá de anular la sentencia recurrida y ordenar que se retrotraiga el procedimiento al momento de cometerse tal quebrantamiento.

2. La exposición de motivos de la Ley 41/2015, al referirse en su apartado IV a la generalización de la segunda instancia en el proceso

penal, aunque “estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado”, hace hincapié en la necesidad de adaptarla “a las exigencias tanto constitucionales como europeas”, razón por la que completa la regulación del recurso de apelación con las ya referidas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso (art. 790.2, párrafo 3º), y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias (art. 792.2), que habrá de ajustarse a la doctrina constitucional, reiterada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 (Pleno)<sup>17</sup>.

Esta última Sentencia tuvo una importancia extraordinaria, pues supuso una revisión de la doctrina del propio Tribunal Constitucional<sup>18</sup> en materia de apelación de sentencias absolutorias. Frente al anterior criterio, según el cual el órgano de apelación, órgano *ad quem*, podía revisar los hechos con la misma amplitud que el órgano de instancia, órgano *a quo*, en la mencionada Sentencia el Tribunal Constitucional puso de manifiesto la exigencia de respetar también en apelación los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas, en tanto que integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Es decir, el respeto de esos principios exige que el órgano jurisdiccional de apelación, en la hipótesis de que pretenda revisar y corregir la valoración de la prueba efectuada por el órgano *a quo*, oiga personalmente, con la necesaria inmediatez, debate oral contradictorio y publicidad, los correspondientes testimonios.

---

17 Esta Sentencia afirmó la necesidad de partir de una interpretación del art. 795 LECrim., en el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, conforme con el art. 24.2 CE (derecho a un proceso con todas las garantías), así como de rectificar la jurisprudencia constitucional precedente, según la cual, resumidamente, el Juez *ad quem*, 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, se entendía que se hallaba en idéntica situación que el Juez *a quo* y, en consecuencia, podía valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (SSTC 43/1997, 172/1997, 120/1999, etc.).

18 Conforme al art. 13 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, “cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno”.

En realidad, lo anterior no es sino consecuencia de la propia naturaleza de las cosas, por cuanto que toda cuestión que requiera para su valoración una repetición de la prueba, como es, sin duda, la relativa a la credibilidad de las manifestaciones de personas que declararon en presencia del órgano de instancia, luego que dependen sustancialmente de la percepción directa de las mismas, es una cuestión de hecho irrevisable por cualquier otro tribunal, sea el de apelación, el de casación o el de amparo constitucional.

La nueva orientación que supuso la referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 2002 sobre la apelación de sentencias absolutorias es satisfactoria, pues más allá de las palabras del texto legal del anterior art. 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regulaba el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, otorgando plenas facultades al tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le plantearan, fueran de hecho o de derecho, lo cierto es que el tribunal *ad quem* nunca podrá revisar los hechos con la misma amplitud que el juez o tribunal *a quo*, porque el cumplimiento de la inmediación y contradicción exige que el juez o tribunal perciba directamente la prueba. Luego, si no la ha percibido no la puede valorar, salvo en lo que se refiere al soporte racional – aspecto objetivo – que todo juicio sobre la prueba debe tener que, en realidad, es una cuestión de derecho, no de hecho, al no requerir para la determinación de los hechos la repetición de la prueba; sólo en la hipótesis, no prevista en el sistema procesal español, de repetición del juicio, sería posible aquella valoración plena.

En el posterior desarrollo de esa doctrina, el Tribunal Constitucional, sobre la base no ya sólo de la inmediación, sino también de los derechos a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa, ha dejado claro en varias de sus sentencias que no es posible condenar a quien resultó absuelto en la instancia sin que antes aquél no sea oído. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2009 recordaba que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extraído la exigencia de que cuando

la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de derecho<sup>19</sup> 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 sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal, de manera que en tal hipótesis 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. La referida Sentencia cita las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2007 (caso Popovici c. Moldavia), de 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo González c. España) y de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll c. España), en las que se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 Convención Europea de Derechos Humanos.

Por tanto, la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 no es aplicable cuando, a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado, aclarando que no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia

---

19 V., sobre la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, no siempre bien percibida, Pérez del Valle, C., *Teoría de la prueba y derecho penal*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», Madrid, 1999, pp. 55 y ss.

se proyecta la garantía de inmediación, pues “decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación”; más aún, “el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal”. En particular, en relación con la prueba pericial, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que “atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen, esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta”, “no así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba”.

En general, hay que tener en cuenta que, según doctrina del Tribunal Constitucional, por exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si la apelación está referida a un caso en el que se absolvió al acusado en la instancia, no se puede condenar en apelación sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa.

#### **4. CONCLUSIONES.**

1. La reforma operada por la Ley 41/2015 ha dejado claro que no pueden resolverse cuestiones de hecho sin que se respete el principio de inmediación y otros principios propios del proceso, como el de contradicción y publicidad, que son los que legitiman la prueba.



2. En realidad, los supuestos que ahora se mencionan en la ley de Enjuiciamiento Criminal, como la insuficiencia de motivación, la ponderación no racional de la prueba, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia, o la omisión de razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, tienen que ver, no con la valoración de la prueba, que es una cuestión de hecho, luego irrevisable, al exigir una nueva determinación de los hechos basada en la repetición de la prueba, sino con una cuestión de derecho como es la correcta estructura del juicio sobre la prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, que no requiere para su revisión la repetición de la prueba; un derecho, el de la presunción de inocencia, que exige, al menos desde la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, que nadie sea condenado sin prueba suficiente de cargo, o en base a pruebas arbitrariamente valoradas o carentes de licitud<sup>20</sup>. Tales supuestos, cuando el acusado ha sido condenado, suponen una infracción tanto del derecho a la presunción de inocencia como de la norma contenida en el art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe una ponderación no racional de la prueba. Y cuando el acusado ha sido absuelto se habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige que la decisión del juez o tribunal esté basada en un entendimiento racional de los hechos, lo que no ocurre cuando la valoración de la prueba por parte de aquéllos incurre en alguno de los referidos supuestos.

3. Por tanto, el juez enjuiciador está obligado a basar su condena en una prueba suficiente y lícita, y a ponderarla en forma racional, porque no es posible una determinación arbitraria de los hechos. Por su parte, el tribunal revisor debe verificar, precisamente, esos extremos.

---

20 V., ampliamente, sobre esta Sentencia, Jaén Vallejo, M., *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987.



**BIBLIOGRAFÍA**

BACIGALUPO, E., "Derechos procesales fundamentales", Manuales de Formación Continua, Consejo General del Poder Judicial, núm. 22/2004.

HERMOSILLA MARTÍN, R. y CASANUEVA PÉREZ-LLANTADA, J., *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI*, Libro Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Madrid, 2006.

JAÉN VALLEJO, M., *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987.

- "El criterio racional en la apreciación de la prueba penal", *Revista de Derecho Procesal*, nº 1/1989.
- "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, núm. 453, 21 de septiembre de 2000.
- "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (II)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, núm. 462, 23 de noviembre de 2000.
- "Derechos procesales fundamentales: su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en el sistema de recursos", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 89/2006.
- *Estudios Penales*, Santiago de Chile, 2006.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015.

PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la prueba y derecho penal*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», Madrid, 1999.

ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1998.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid, 2012.

SCHÜNEMANN, B., *La reforma del proceso penal*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», núm. 26, Madrid, 2005.

URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, Madrid, 2002.