

INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 30.

HURI-AGE

Consolider-Ingenio 2010

SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS EN LA FASE DE APELACIÓN PENAL Y LA PROBLEMÁTICA ACTUAL EXISTENTE RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE PRIMERA INSTANCIA: UN EJEMPLO MÁS DE LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Equipo de investigación: Grupo HI13 de la Universidad de Vigo

Autor: D. José Feijóo Miranda, Profesor Asociado del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Vigo y Abogado en ejercicio.

Fecha de elaboración: diciembre 2011.

Fecha de publicación: marzo 2013.

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN. ¿HASTA QUÉ PUNTO LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA DESDE LA SENTENCIA 170/2002 CONSTITUYE UN PUNTO DE INFLEXIÓN O UNA AUTÉNTICA NOVEDAD EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL?

II.- ANALISIS SOBRE LA RECEPCIÓN POR PARTE DE NUESTRO TC DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TEDH Y LAS SENTENCIAS DE ESTE ÚLTIMO EN LOS CASOS BAZO GONZALEZ E IGUAL COLL CONTRA ESPAÑA.

III.- PRINCIPIO DE INMEDIACION EN NUESTRA APELACIÓN PENAL Y EL CONTROL EXTERNO DEL RAZONAMIENTO LÓGICO SEGUIDO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA EN SU VALORACIÓN PROBATORIA: CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA A ESTOS EFECTOS POR LA STC 167/2002

IV.- LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS VIGENTES ARTICULOS 790.3 Y 791 LECRIM: POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA AUDIENCIA PUBLICA CON EL ACUSADO EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y REPRODUCIR O EN SU CASO PRACTICAR ANTE EL TRIBUNAL AD QUEM AL MENOS LOS MISMOS MEDIOS PROBATORIOS PERSONALES QUE FUERON REALIZADOS EN EL JUICIO ORAL.

V.- BREVE APUNTE SOBRE LA REPERCUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002 SOBRE EL ALCANCE DE LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS ORALES DE LOS JUICIOS PENALES, EN RELACIÓN CON LA PROYECCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE INMEDIACIÓN, ORALIDAD, CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

VI.- LA DIFÍCIL COMPATIBILIDAD DEL MODELO DE APELACIÓN LIMITADA PRESENTE EN NUESTRO PROCESO PENAL CON LA POSIBLE CONSTITUCIÓN DE UN AUTÉNTICO SISTEMA DE "SEGUNDO JUICIO" A LA LUZ DE LA OPCIÓN APUNTADA POR NUESTRO TC RESPECTO A LA REALIZACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE AUDIENCIA PÚBLICA EN SEGUNDA INSTANCIA ,CON LA INTERVENCIÓN DEL ACUSADO Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS PERSONALES A FIN DE GARANTIZAR LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES PROPIAS DE UN DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS: EL INELUDIBLE RIESGO DE LA PENA DE BANQUILLO.

VII.- LA PROPUESTA REGULADORA DE UNA NUEVA LECRIM. ANTEPROYECTO DE LEY, DE 27 DE JULIO DE 2011.

VIII.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

IX. BIBLIOGRAFIA DE INTERÉS.

Abreviaturas utilizadas:

AP Audiencia Provincial
ATC Auto del Tribunal Constitucional
CE Constitución española
CEDH Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950
LECRim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial
PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC Tribunal Constitucional
TS Tribunal Supremo
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia del Tribunal Supremo

INDICACIÓN PRELIMINAR:

El presente informe se elabora en clara referencia al modelo y regulación actual del recurso de apelación establecido para el procedimiento abreviado en cuanto que el mismo sigue siendo el referente para el resto de los procesos penales en los que hoy en día está previsto y regulado expresamente el recurso de apelación (nos referimos tanto al procedimiento para el procedimiento rápido de determinados delitos como al juicio de faltas, que en sus correspondientes disposiciones hacen clara remisión a la regulación contemplada en los artículos 790 a 792 LECrim); sin perjuicio de que podrían extenderse parte de las consideraciones que desarrollamos en este trabajo a la tramitación específica de la apelación en el proceso penal de menores (que de todas formas sí establece con carácter preceptivo la existencia de una vista en la apelación). Por lo tanto, haremos expresa exclusión del proceso ante el Tribunal del Jurado dado el alcance y configuración particular de su recurso de apelación.

I.- INTRODUCCIÓN: ¿HASTA QUÉ PUNTO LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESTABLECIDA DESDE LA SENTENCIA 167/2002 CONSTITUYE UN PUNTO DE INFLEXIÓN O UNA AUTÉNTICA NOVEDAD EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL?

Resulta común encontrarnos con la afirmación de que la doctrina instaurada por la STC 167/2002 y mantenida de forma invariable a lo largo de todo este tiempo, ha supuesto un cambio sustancial en el esquema y concepción tradicional que nuestros Tribunales tenían respecto a la apelación penal.

En este informe pretendemos analizar el alcance de la innovación producida por dicha sentencia en la realidad de nuestros tribunales¹, al mismo tiempo que llamamos la atención respecto a la conveniencia e incluso necesidad manifiesta de que nuestro legislador aborde este asunto de una vez por todas, dada su trascendencia y los intereses que están en juego; pues no nos cabe duda de la insuficiencia de la actual regulación procesal², sin perjuicio de que resulte deseable una perfecta recepción y sintonía por parte del correspondiente operador jurídico respecto a la doctrina que ha venido exponiendo el TEDH y que a la postre, en el campo de los derechos fundamentales, tiene una indudable repercusión en nuestra jurisprudencia constitucional.

De todas formas, hemos de precisar que, no resulta novedoso decir que desde que se implantó el sistema de apelación en nuestro proceso penal, ya existía un hándicap inexorable a la hora de fundamentar y lograr con éxito la estimación de un recurso de apelación frente a una hipotética sentencia absolutoria en relación con un error de valoración de la prueba. Este límite venía conformado por reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial relativa a la soberanía del juzgador a quo en la valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el juicio oral, en cuanto dicho proceso valorativo lo hubiese realizado conforme a los rectos principios de la sana crítica y según su propia conciencia (tal y como exige el artículo 741 LECrim³), en cuanto se encontraba favorecido

¹ En nuestra práctica forense venía resultando no excepcional la interposición de un hipotético recurso de apelación por parte de la acusación pública o particular contra una sentencia absolutoria recaída en la primera instancia, cuyo fundamento en la mayoría de las ocasiones descansaba en la invocación de un error en la valoración de la prueba por parte del juez a quo (motivo expresamente previsto en nuestra legislación procesal); situación que aparece en la actualidad aparentemente vedada a tenor de la nueva doctrina del TC.

² No es de recibo la pasividad del legislador, máxime cuando es consciente de que, tal y como veremos en este informe, a lo largo de estos años tanto la propia doctrina expuesta por nuestro Tribunal Constitucional como también por el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han establecido ciertos parámetros o pautas por las que podemos inferir unas claras bases interpretativas sobre el alcance en nuestro sistema procesal y de la aplicación del principio de inmediación que podría tener presente aquél.

³ “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley (...)”.

por la inmediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de los medios probatorios. De ahí que en la práctica la segunda instancia estuviese limitada, cuando de estas valoraciones probatorias se trataba, a revisar la actividad del juzgador a quo en el único sentido de comprobar que ésta apareciese suficientemente expresada en la resolución recurrida (cumpliendo con la exigencia constitucional contenida en el artículo 120 CE) y que no resultase arbitraria injustificable o contraria a las puras normas de la lógica (es decir, que no se opusiere a las denominadas "*reglas de la sana crítica*")⁴.

Vaya pues por delante que a nuestro juicio, la capacidad del Tribunal de apelación antes de la célebre STC 167/2002 ya estaba, por tanto, limitada de forma significativa cuando en la alzada y frente a una sentencia absolutoria se pretendía su revocación a través de una revisión de la valoración de la llamada prueba directa o de carácter personal⁵. Ahora bien, no nos cabe la menor duda que esta resolución y las que siguieron posteriormente, han tenido una incidencia importantísima en el proceso penal al cambiar, absolutamente y de manera definitiva, la configuración del alcance del recurso de apelación, sin perjuicio de encontrarnos ante la inexplicable pasividad de nuestro legislador respecto al amplio e interesante debate sobre la posibilidad de utilizar cauces procesales que no han sido inicialmente pensados para las nuevas posibilidades que admite la STC 167/2002⁶ con el fin de *salvar* en la segunda instancia las exigencias derivadas de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías⁷.

⁴ Se trataría en suma de confirmar por el Tribunal *ad quem* que la sentencia recurrida mantiene una correcta estructura racional en su discurso valorativo, existiendo una concreta y ajustada motivación en orden a la valoración de la prueba practicada.

⁵ Coincidimos plenamente con la explicación dada por ALBERTO JORGE BARREIRO respecto a la previa aplicación práctica del límite a la revisión probatoria que venía produciéndose antes de la STC 167/2002, ya que los tribunales de apelación ante la "*relevancia del principio de inmediación para calibrar las pruebas personales impedía o limitaba sobremanera la supervisión probatoria de los órganos judiciales de segunda instancia, pues al no haber presenciado ni practicado las pruebas personales, no les resultaba fácil apartarse de la convicción del órgano judicial de primera instancia*" (...) "*Hasta cierto punto, puede por tanto afirmarse que el nuevo criterio restrictivo establecido por el Tribunal Constitucional estaba ya vigente en la práctica y así lo venía subrayando el propio Tribunal de Casación*". BARREIRO, A.J., *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)*, en *Jueces para la democracia*, Nº 48, 2003, págs. 71-72.

⁶ Nos referimos a la "*vista*" a que hace mención el actual artículo 791 LECrim.

⁷ Así, bajo un pretendido acatamiento riguroso de la doctrina constitucional, se ha llegado a postular la realización de audiencias en la segunda instancia amparándose en la previsión procesal de las "*vistas*" en las que más allá de realizar un recibimiento a prueba en la alzada por los concretos motivos regulados en el oportuno precepto, se podría practicar nuevamente las pruebas personales del juicio oral y lograr la intervención activa del acusado-recurrido, al objeto de que se cumplan las exigencias dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías, permitiendo que el Tribunal de apelación pueda valorar su resultado y revisar en definitiva la apreciación realizada al efecto en la sentencia de instancia. De esta forma se acaba introduciendo (quizás de manera inconsciente) el concepto de una apelación penal plena con el consabido peligro de encontrarnos realmente ante un segundo juicio que no guarda relación ni el debido acomodo con nuestro sistema de apelación limitada.

En cambio la opción, ligada a la literalidad de lo dispuesto en el artículo 790.3 LECrim⁸, supone desechar cualquier intento de repetir, reproducir o en su caso introducir en la alzada las pruebas ya practicadas en el juicio oral, lo que en cierto modo podría contrastar con el pretendido derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación en cuanto parte recurrente. Esta vía es la que se está imponiendo en la práctica judicial aunque en cierto momento se haya querido salvar las exigencias derivadas del principio de inmediación con la posibilidad de visionar por parte del Tribunal de apelación la grabación de imagen y sonido del juicio oral; remedio que conforme al criterio recientemente expresado por nuestro TC debe quedar proscrito a estos efectos si no viene acompañado de actuaciones que permitan lograr la plena inmediación.

II.- ANALISIS SOBRE LA RECEPCIÓN POR PARTE DE NUESTRO TC DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TEDH Y LAS SENTENCIAS DE ESTE ÚLTIMO EN LOS CASOS BAZO GONZALEZ E IGUAL COLL CONTRA ESPAÑA.

Las consecuencias innovadoras de la doctrina establecida en la STC 167/2002 respecto a limitación establecida por los principios de inmediación y contradicción⁹, en cuanto a la potestad del órgano de apelación para revisar y corregir la valoración que el juzgador de instancia había efectuado en el ámbito fáctico respecto a las pruebas de carácter personal (es decir aquéllas que por su índole exigen inexcusablemente la presencia de estos dos principios), resultan evidentes desde el mismo momento que hubo de someterse la decisión del recurso de amparo al Pleno por cuanto se entendía necesario apartarse de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal¹⁰. A tal efecto, se recuerda en su fundamento jurídico 9º cómo hasta fechas muy próximas a esta sentencia se había

⁸ Este precepto dispone que el recibimiento a prueba en la apelación se limita a aquellos medios que no se pudieron proponer en primera instancia, los que se propusieron y fueron indebidamente denegados y los admitidos que no pudieron practicarse por causas no imputables al recurrente. Es decir, un sistema tasado de prueba por unas causas muy concretas sin que haga referencia a la posible repetición de pruebas que ya se llevaron a cabo en el juicio oral.

⁹ Como parte sustancial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías contemplado en el artículo 24.2 CE

¹⁰ “Conviene advertir que es en relación con el bloque impugnatorio cuarto donde se ha planteado la necesidad de avocación al Pleno, para poder ejercer por éste la facultad de revisión de la precedente doctrina del Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 13 LOTC, revisión que se contiene en los fundamentos jurídicos 9, 10 y 11, en los que, en síntesis, se viene a introducir la doctrina de que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”. STC 167/2002, fundamento jurídico 1º.

desestimado por dicho Tribunal quejas sobre la vulneración del citado derecho fundamental ante una falta de inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación¹¹.

El cambio de parecer¹² viene motivado por la recepción que se realiza de la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 6.1¹³ del CEDH, dada su trascendencia en virtud del criterio interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE¹⁴ a la hora de configurar el derecho fundamental establecido en el artículo 24.2 CE.

Por tanto, el punto de partida para entender en su justa medida el criterio innovador de la STC 167/2002 reside en las consideraciones que había venido estableciendo el TEDH a lo largo de las sentencias recaídas hasta aquel momento y que, con profusa cita, aparecen reflejadas en su fundamento jurídico 10º y que, de una manera u otra, han sido objeto de reproducción mimética en numerosas resoluciones dictadas por dicho Tribunal con posterioridad.

Siguiendo el propio desarrollo argumental del TC, observamos que centra su tesis en la interpretación dada por el TEDH en torno al artículo 6.1 del CEDH tanto en la inicial sentencia de 26 de marzo de 1988¹⁵ (caso Ekbatani contra Suecia) como en las posteriores de 8 de febrero de 2000

¹¹ "al considerar que no se lesionaba "tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción" en la segunda instancia penal, sin que nada se pueda oponer "a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia", pues 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 halla en idéntica situación que el Juez a quo y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (STC 120/1999, de 28 de junio, fundamento jurídico 3, reiterando doctrina recogida en las SSTC 43/1997, de 10 de marzo, fundamento jurídico 2; 172/1997, de 14 de octubre, fundamento jurídico 4)". STC 167/2002 fundamento jurídico 9º.

¹² Ya apuntado en el ATC 220/1999, de 20 de septiembre.

¹³ Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo: 1. 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. (...).

¹⁴ Entre otras pueden citarse las STC 36/1984, de 14 de marzo, fundamento jurídico 3, SSTC 113/1987, de 3 de julio, fundamento jurídico 2; 37/1988, de 3 de marzo, fundamento jurídico 6; 223/1988, de 24 de noviembre, fundamento jurídico 2.

¹⁵ RODRÍGUEZ RUBIO introduce una precisión al respecto, matizando que antes del asunto Ekbatani, en cierto modo el TEDH había hecho referencia al tema de la *falta de audiencia del acusado en la resolución de su recurso y la posible infracción del artículo 6.1 del Convenio*, citando el caso Axen (Sentencia de 8 de diciembre de 1983) y el caso Sutter (Sentencia de 22 de febrero de 1984), en los que el Tribunal estableció la premisa (posteriormente reiterada) de que resultaba necesario considerar los procedimientos en su globalidad, teniendo en cuenta el proceso seguido en el orden judicial interno (en estos dos casos se consideró que la falta de audiencia en el recurso de casación no supone la violación del precepto, sobre todo teniendo presente que el tribunal al conocer de este recurso extraordinario conoce únicamente de cuestiones de derecho). Por otra parte en el caso Monell y Morris (Sentencia de 2 de marzo de 1987), relativo a la adecuación de la autorización para apelar, igualmente tiene en cuenta el conjunto del proceso desarrollado en el ámbito interno, llegando a la conclusión de que el tribunal cuando conoce de una petición de autorización para apelar no revisa los hechos de autos ni cita a ningún testigo, aunque alguna de las cuestiones planteadas sean de hecho

(caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino) 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania) y 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino)¹⁶. De todas formas en este punto, atendiendo a la recepción de esta doctrina que realiza el TC, hay que analizar con cierta cautela¹⁷ y en todo caso con mayor amplitud de miras, las diversas resoluciones establecidas sobre el tema por el TEDH¹⁸:

En primer lugar, el TEDH a la hora de analizar el derecho a un proceso justo ha declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo y que su protección no termina con el fallo en la primera instancia, “*de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH*”. Y que si bien ese derecho “*implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia*”, en cuanto a su extensión a la segunda instancia habrá de atenderse a las “*peculiaridades del procedimiento considerado*”, es decir resultará necesario “*examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno*”¹⁹, para concluir si las particularidades del procedimiento nacional y las propias circunstancias del caso examinado, justifican una excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública²⁰. Por

y no de derecho. Al tratarse de una cuestión de alcance limitado, su misión es resolver la existencia de motivos defendibles que puedan justificar que se conozca de la apelación, por lo que no es exigible una audiencia pública ni la comparecencia personal de los interesados. RODRÍGUEZ RUBIO, C. Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma. Dykinson, 2008. Madrid. Pág. 125.

¹⁶ Se puede considerar en líneas generales que el TEDH, establece que la falta de vista pública en la segunda instancia infringía el artículo 6.1 del Convenio, en cuanto el tribunal de apelación conociese tanto de las cuestiones de hecho como de las de derecho, especialmente cuando tenía que estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del recurrente.

¹⁷ Al igual que BARREIRO, traemos a colación la dura crítica que en su momento hizo CONDE-PUMPIDO TOURÓN en su trabajo “*La revisión fáctica en la apelación penal. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional*” publicado en Iuris Actualidad y práctica del derecho nº 76, octubre 2003 (págs. 41 y ss.) cuando respecto a la dicha doctrina manifestaba: “*No creo que descubra un Mediterráneo señalando que las sentencias del TEDH no destacan por su esmerada motivación. Normalmente contienen unos extensísimos antecedentes elaborados por los servicios técnicos que reproducen minuciosamente buen número de resoluciones sobre la materia dictadas con anterioridad y que mantienen in albis al lector pues pueden conducir a cualquier resultado, concretándose la decisión final que contiene la verdadera resolución de los Magistrados del Tribunal en un par de líneas generalmente apodícticas, que expresan muy sintéticamente la ratio decidendi de la resolución*”. BARREIRO, A.J.; *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)*, en Jueces para la democracia, Nº 48, 2003, pag.72.

¹⁸ Si bien la jurisprudencia del TEDH tiene una importancia capital en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales establecidos en nuestro texto constitucional conforme al criterio hermenéutico previsto en el artículo 10.2 CE.

¹⁹ Supone según el criterio del TEDH analizar el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del acusado fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar.

²⁰ SSTDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumanía, § 53.

tanto, nos encontramos de entrada ante un claro relativismo que descansará en la casuística jurisprudencial dependiendo, entre otros factores, (además de los reseñados), de la manera en que los intereses del justiciable han sido realmente satisfechos y protegidos ante esta jurisdicción penal y sobre todo, de la naturaleza de las cuestiones a resolver²¹.

En segundo lugar, nuestro TC en la sentencia 167/2002 ha intentado sintetizar el criterio establecido hasta aquel momento por el TEDH para concluir en el fundamento jurídico 10º que no resultaría necesaria la celebración de una audiencia pública con presencia del acusado (que sí habría tenido lógicamente su participación en la primera instancia) en los procesos²² “*consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente*”²³.

Sin embargo, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH revela que esta interpretación puede resultar a la postre reduccionista. Así si atendemos, entre otras²⁴, a la sentencia de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria), podremos observar que el TEDH se limita a precisar que la asistencia personal del acusado, si bien no tendrá necesariamente el mismo significado en relación con el artículo 6,1 CEDH respecto a la fase a de apelación que en relación con la obligatoria y necesaria audiencia de la primera instancia, a los efectos de estimar la conveniencia de su presencia en el dicha fase únicamente cabe atender (en relación con lo ya expuesto por el TEDH en anteriores ocasiones²⁵), entre otras cosas, a las características especiales de los procedimientos en cuestión y la manera en que los intereses de la defensa se presentan ante el tribunal de apelación, en particular a la luz de las cuestiones que se decidieron en dicha fase y su importancia para la demandante. De ahí que en opinión de RODRIGUEZ RUBIO, “*en el caso Michael Edward Cooke (...) se da paso a que cuestiones de derecho que han de ser resueltas por el órgano ad quem requieran de la celebración de una audiencia para su posterior decisión por el tribunal superior*”²⁶.

²¹ En parecidos términos la STC 48/2008 (fundamento jurídico 5º) resume el criterio de las SSTEDH.

²² Aparte de los relativos a autorizar la interposición de la apelación.

²³ La cita de resoluciones hecha por el TC es sumamente amplia: SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, 36-; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 31-; 22 de febrero de 1991 -caso Bulut contra Austria, §§ 40 y 41-; 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria, § 35-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55-; 8 de febrero de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94 y 95).

²⁴ Cuyo parágrafo 35 el TC cita como uno de los exponentes de su conclusión

²⁵ Entre otras, sentencia Belziuk c. Polonia, de 25 de marzo de 1998, sentencia Ekbatani c. Suecia de 26 de mayo de 1988; sentencia Helmers c. Suecia de 29 de octubre de 1991.

²⁶ En cuanto que “el recurrente solicitaba la aplicación de una atenuante con el fin de rebajar la pena impuesta, mientras que el Fiscal reclamaba cadena perpetua. Como es sabido, la aplicación de una atenuante es una cuestión de

De hecho si seguimos la línea argumental expuesta en el fundamento jurídico 10º de la STC 167/2002 nos encontramos con que en su último párrafo y pese a la tesis inicial propugnada, consciente de que dicho criterio no podría abarcar el total parecer del TEDH, establece a modo de matización la siguiente aseveración: *“Sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas”*²⁷ .

Por tanto, es de reconocer que en cierto modo existe una indeterminación que lógicamente surge de la postura mantenida a lo largo de estos años por el TEDH, que sucesivamente ha subrayado, que en estos casos, no es su función decidir en abstracto si una legislación nacional es compatible con el CEDH o incluso si aquél se ha respetado por las autoridades nacionales, sino tan solo evaluar si los requisitos del artículo 6 en relación con el proceso equitativo se han cumplido en cada caso.

Así habrá supuestos como el examinado en la sentencia de 19 de Diciembre de 1996 (caso Botten contra Noruega)²⁸, en el que pese a mantenerse por parte del Tribunal superior el mismo relato de hechos probados que el establecido en la sentencia de instancia y que sirven para entender por aquél que sí se cometió un delito frente a la tesis absolutoria del primer Tribunal, el TEDH expone²⁹ que no está convencido de que en el recurso de la acusación pública se hubiesen planteado exclusivamente cuestiones de derecho³⁰ y aunque el Tribunal Supremo tenía había plena jurisdicción

derecho que incluso tiene cabida en el recurso de casación a través de la infracción de ley. Por tanto, es difícil deslindar las cuestiones de hecho de las de derecho, incluso si seguimos el criterio del TEDH, según el cual, se hace preceptiva la vista cuando el órgano superior ha de conocer sobre la inocencia o culpabilidad del recurrente, ya que no sólo las distintas valoraciones que se hagan sobre los hechos pueden incidir sobre un pronunciamiento u otro, también las cuestiones de derecho como son la infracción de ley sustantiva e incluso procesal justifican un pronunciamiento absolutorio o de condena”. RODRÍGUEZ RUBIO, C. Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma. Dykinson, 2008. Madrid. pág. 127.

²⁷ Y para ello vuelve a citar entre otras, diversas resoluciones que ya había invocado para explicar su inicial apreciación de limitar la audiencia en la apelación a las cuestiones fácticas: SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39-; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28-; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 32.

²⁸ Ante una inicial resolución de primera instancia absolutoria y su posterior revocación por parte del tribunal superior con la consiguiente condena sin que se plantease ni hubiese una revisión fáctica de los hechos determinados en la primera instancia, se consideró que se había quebrantado el derecho a un juicio justo por no estar el acusado presente ni haber sido citado en la audiencia ante el Tribunal Supremo

²⁹ Véanse fundamentalmente los parágrafos 48 a 53 (ambos inclusive)

³⁰ Se analizaba en suma si el señor Botten como comandante de la estación de telecomunicaciones de la Defensa noruega ubicada en una isla del océano ártico, había cometido un delito de negligencia y falta de cuidado en el ejercicio

para examinar las cuestiones de hecho y de derecho, en la condena subyacían cuestiones tales como la personalidad del acusado, sin que por otra parte dicho Tribunal hubiera tenido la ventaja frente al tribunal de instancia de haberlo oído directamente. Por ello, se concluye que, atendiendo a todas las circunstancias presentes (se tiene igualmente en cuenta los intereses que estaban en juego para el acusado en relación con su carrera profesional como militar y funcionario público), no existía razón para que el TS no convocase a una audiencia al acusado a fin de poder escuchar su testimonio antes de dictar nueva sentencia, incluso aunque no lo hubiera solicitado el acusado.

A nuestro modo de ver no resultará irracional concluir que, en líneas generales, la plenitud de jurisdicción de un Tribunal de apelación, no debe implicar por sí sola, a la luz del artículo 6 CEDH, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia³¹, cuando nos encontremos no solamente ante cuestiones jurídicas y cuando se presenten casos complejos o de especial trascendencia o gravedad para el propio acusado atendiendo a los hechos e intereses en juego, pues si el Tribunal superior ante un hipotético recurso ha de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, resultará obligada la celebración de dicha audiencia en la que fundamentalmente el acusado (sea recurrido o incluso recurrente) pueda intervenir y expresarse personalmente ante dicho Tribunal, respetándose así el principio de publicidad de las actuaciones judiciales sin perjuicio de que al mismo tiempo a aquél se le proporcione una intermediación de la que carecía. En todo caso no dejará de realizarse por el Tribunal la oportuna ponderación con otros derechos en juego pues como bien explica nuestro TC: "La publicidad, ha declarado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates

de sus funciones, en aplicación del art. 78.1 del Código Penal Militar noruego, al haber realizado una operación de rescate a bordo de un bote neumático en relación con la petición de auxilio de un barco de pesca. En cuanto que con la forma de haber llevado el rescate en el que se volcó el bote neumático por una ola, muriendo dos de los pasajeros, se había infringido determinada reglamentación que conllevaba la tipificación de negligencia prevenida en el citado texto legal.

³¹ En este sentido resulta acertada la crítica o matización expuesta en el Voto particular emitido por el Magistrado disidente Sr. GARCÍA-CALVO al mostrar su discrepancia (que califica como parcial) respecto a los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo, exponiendo entre otras razones que ante la trascendencia práctica que indudablemente iba a tener la sentencia 167/2002 en el funcionamiento diario de nuestros tribunales, "se debía haber precisado más el alcance de la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", por cuanto "no impone en todo caso la necesidad de celebrar vista pública, ni que el recurrente absuelto en la instancia sea oído en la apelación" citando para ello entre otras resoluciones la Sentencia de 8 de febrero de 2000, en el caso Cooke contra Austria que precisa que "al determinar esta cuestión, hay que tener en cuenta, inter alia, las especiales características del procedimiento y la manera en que se presentan y protegen los intereses de la defensa ante el Tribunal de apelación, en concreto vistas las cuestiones que éste debe juzgar y su importancia para el demandante".

públicos son necesarios después del proceso en primera instancia”³². A nuestro juicio, ésta sería en esencia la máxima principal que inducimos de los criterios que ha venido desarrollando el TEDH a la hora de exigir el respeto a un juicio justo³³.

Por otra parte, hemos de considerar que, aunque el TC no tenía por qué realizar un estudio o examen minucioso de las sentencias del TEDH, no estaba de más que hubiera explicado con mayor precisión (aunque lógicamente fuera a modo de *obiter dictum*), el alcance de su criterio ante los diferentes supuestos en que nos podríamos encontrar tanto en la vía de apelación como en sede casacional, respecto a la necesidad de la celebración de una audiencia pública con el acusado en dichas instancias, tanto en supuestos de recursos interpuestos contra sentencias condenatorias como absolutorias de primera instancia, puesto que resulta obvio que el planteamiento general del TEDH no distingue ni a realiza excepciones al efecto³⁴.

Inciendo en el supuesto procesal que ocupaba la resolución de la demanda de amparo en la STC 167/2002 y que viene a constituir el objeto del presente informe, merece la pena detenernos en diversas resoluciones del TEDH recaídas con posterioridad a la misma y que resultarán trascendentes para apoyar la interpretación constitucional de los vigentes artículos 790 y 791 LECrim en los términos que se expresarán más adelante.

Nos referimos por una parte a las sentencias de 15 de julio de 2003 (caso Arnarsson contra Islandia) y de 18 de Mayo de 2004 (caso Destrehem contra Francia), en cuanto parten de iniciales resoluciones absolutorias que fueron revocadas por sentencias condenatorias dictadas por un Tribunal superior con una nueva apreciación de los hechos, sin la celebración de una audiencia pública en la que se practicasen ante dicho Tribunal las correspondientes pruebas que se habían desarrollado en el juicio celebrado en la primera instancia.

³² STC 167/2002 fundamento jurídico 10.

³³ Similar postura es la expresada por RODRIGUEZ RUBIO invocando el principio de publicidad y exponiendo para ello un criterio tan autorizado como el de GISBERT en su premonitorio artículo *El juicio público con todas las garantías en la segunda instancia penal (A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ekbatani)* publicado en Revista General del Derecho nº 549, 1990 pp. 4489 y ss. “Gisbert Gisbert, ya anunció en su momento que, en atención a lo declarado por el TEDH en el caso Ekbatani, en la segunda instancia, y siempre que no se discutan cuestiones meramente jurídicas, deberá celebrarse vista pública y oírse al acusado personalmente siempre que éste lo solicite. De este modo y, según lo defendido por el autor, las vistas en los juicios de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de lo penal han de ser siempre obligadas, debiendo ser oído el acusado de la misma manera que lo es en primera instancia, incluso se le ha de conceder el llamado derecho a la última palabra.”. Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma. Dykinson, 2008. Madrid. Pág. 128.

³⁴ De hecho muchas de las resoluciones invocadas por el TC tienen su origen en sentencias condenatorias dictadas en la primera instancia como el célebre caso Ekbatani).

En el caso Arnarsson³⁵ se constata la violación del artículo 6.1 del Convenio, habida cuenta de que el acusado inicialmente absuelto de un delito de homicidio en relación con una pelea acaecida en un local nocturno tras haber recibido el tribunal de instancia testimonio de múltiples testigos cuyas versiones sobre los hechos variaban sustancialmente unas de otras (la cuestión trascendente residía en identificar a la persona que haber pateado a la víctima en la cabeza causándole la muerte por hemorragia cerebral), acabó siendo condenado por el TS islandés ante el recurso realizado por la acusación, sin haber oído aquél personalmente a dicho acusado ni a los testigos. En este caso el TEDH vuelve a recordar que no se trata de valorar si el TS había evaluado correctamente las cuestiones fácticas y jurídicas presentadas sino si el proceso fue justo, considerando que, a la luz de la naturaleza de las cuestiones y circunstancias planteadas en el caso³⁶, nos encontrábamos ante un asunto complejo en el que el TS no pudo oír ni valorar directamente la declaración del acusado ni prueba testifical (con independencia de contar con las transcripciones de la audiencia oral de la primera instancia). Por este motivo, se considera que, conforme a la propia legislación nacional el acusado podría razonablemente esperar que aquel Tribunal lo convocase³⁷ a él y otros testigos para prestar declaración en el caso de que se viese obligado a revocar la absolución del Tribunal de Distrito sobre la base de una apreciación diferente de las pruebas³⁸.

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia del caso Destrehem contra Francia ante una revocación de una sentencia inicial absolutoria sin la celebración de audiencia ni tampoco permitir por parte del Tribunal de apelación la nueva práctica de la prueba testifical en dicha instancia que había solicitado expresamente la defensa, cuando finalmente la sentencia del Tribunal realizó una

³⁵ Resulta llamativo que precisamente la STC 48/2008 (FUNDAMENTO JURÍDICO 5º) cite este caso, en concreto el párrafo 32 de su fundamentación para establecer que en el asunto Arnasson “*se parte de que el hecho de que el Tribunal Supremo islandés estuviera facultado para revocar una sentencia absolutoria sin citar al demandante y a los testigos y sin interrogarles en persona no infringe por sí mismo el derecho a que la causa sea oída equitativamente por el Tribunal ex art. 6 del Convenio*”. Pues si bien la cita es correcta, debería precisarse que precisamente el TEDH matiza dicha premisa en el asunto en cuestión atendiendo a las circunstancias particulares del caso (cita para ello la sentencia Botten, § 48), pues desde la exclusiva óptica de examinar si el proceso fue justo o equitativo a tenor del artículo 6.1 CEDH, concluirá que sí se produjo la vulneración.

³⁶ Sobre todo el gran número de testigos que declararon en primera instancia, sus contradicciones, el examen forense y las diferencias en la evaluación al respecto de los órganos jurisdiccionales islandeses.

³⁷ El TEDH considera que a la luz del derecho a un proceso justo existía la obligación por parte del Tribunal superior de adoptar medidas positivas en tal sentido, lo que efectivamente no hizo infringiéndose el artículo 6.1 CEDH.

³⁸ Textualmente la versión oficial en inglés relativa al párrafo 37 es la siguiente: “Finally, the Court considers, in the light of the wording of Article 159 (4) of the Code of Criminal Procedure, that the applicant could reasonably have expected the Supreme Court to summon him and other witnesses to give oral evidence should it be minded to overturn the District Court's acquittal on the basis of a different assessment of the evidence. The judicial practice invoked by the Government, to the effect that the Supreme Court would only do so before reaching a contrary finding to that of the District Court as to a witness' credibility, related only to a single example which in fact post-dated the events of the present case and could not be relied upon by the applicant.”

nueva apreciación fáctica en base a las declaraciones testificales practicada en la primera instancia que incluso no estaban exentas de contradicciones.³⁹

Siguiendo este iter cronológico finalmente cabe hacer referencia a las recientes sentencias de 16 de Diciembre de 2008 (*caso Bazo González contra España*) y 10 de Marzo de 2009 (*caso Igual Coll contra España*), cuyo interés destaca tanto por atender a nuestro derecho nacional como por el hecho de que tienen su origen en casos que fueron resueltos por nuestros tribunales estando vigente la doctrina de la STC 167/2002.

En concreto, la sentencia relativa al asunto Bazo considera que no ha habido violación del artículo 6,1 en cuanto no resultaba indispensable una nueva audiencia pública en la apelación, pese a que fue en dicha instancia cuando se revoca la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado al apreciar la existencia de un delito de contrabando por una interpretación jurídica diferente a la que mantenía el juzgador a quo en torno a una normativa estatal⁴⁰, valorando al efecto prueba documental sin tampoco modificarse el relato de hechos probados establecido en la sentencia de instancia⁴¹.

Sin embargo, la sentencia del caso Igual Coll tiene su interés por cuanto que, partiendo del mismo análisis relativo a los preceptos de nuestra LECrim, reguladores del recurso de apelación en el procedimiento abreviado⁴²; declara la violación del artículo 6.1 precisamente ante la ausencia de la audiencia pública con el acusado en la apelación, cuando la AP correspondiente revocó una sentencia inicial absolutoria condenando al recurrido como autor por el delito de abandono de familia por el impago de la pensión alimenticia fijada en el oportuno proceso matrimonial a favor del hijo,

³⁹ El TEDH aprecia igualmente la violación del derecho a la igualdad de armas contemplado en el art. 6.3 CEDH.

⁴⁰ la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria. Resultaba clave a los efectos de entender que se cometió el delito de contrabando en relación con la introducción de tabaco en España, si el Estado continuaba en virtud de dicha norma con el régimen de monopolio.

⁴¹ Parágrafo 36: "L'étendue de l'examen effectué par l'Audiencia en l'espèce amène la Cour à considérer que la tenue d'une audience publique n'était pas indispensable. En effet, la Cour constate que les aspects que l'Audiencia a dû analyser pour se prononcer sur la culpabilité du requérant avaient un caractère juridique prédominant: l'arrêt de l'Audiencia manifeste expressément qu'il ne lui appartient pas de procéder à une nouvelle appréciation des preuves administrées, tâche relevant du tribunal a quo. Dès lors, elle s'est limitée à effectuer une interprétation différente à celle du juge a quo quant aux comportements dépenalisés en application de la loi 13/1998, relative au marché du tabac. Par ailleurs, l'Audiencia réalise également certaines considérations sur les conditions juridiquement nécessaires pour la validité du procès-verbal de police, sans qu'à aucun moment elle ne se prononce sur des questions de fait. Par conséquent, à la différence d'autres affaires (voir Spînu c. Roumanie, arrêt du 29 avril 2008, § 55), la juridiction de recours n'a pas été amenée à connaître de l'affaire en fait et en droit. Bien au contraire, les aspects analysés par l'Audiencia Provinciale possédaient un aspect purement juridique, sans que les faits déclarés prouvés en première instance aient été modifiés."

⁴² Su parágrafo 30 en este aspecto es prácticamente similar al parágrafo 34 del caso Bazo contra España, reseñándose en ambos la posibilidad contemplada por el legislador de que el Tribunal de apelación cuando no el recibimiento a prueba en la segunda instancia puede celebrar una vista si lo considera necesario para una mejor comprensión de la cuestión debatida en la alzada.

habiéndose desestimando previamente por nuestro TC la misma queja del condenado relativa en este caso a la violación del derecho a un proceso con todas las garantías.

En concreto, para valorar adecuadamente el parecer del TEDH y el grado de exigencia de la audiencia en la segunda instancia, debemos analizar el caso enjuiciado empezando por la fundamentación jurídica de la sentencia 8/2003 de la AP de Valencia (sección 5ª), de 17 de enero dictada en el recurso 1189/2002 y que dio lugar a que en su momento este asunto terminase en Estrasburgo. Así observamos que existió un respeto a la declaración de hechos probados realizada en la sentencia apelada, en cuya fundamentación se llegaba a una conclusión absoluta por entenderse que en la conducta del acusado faltaba la necesaria culpabilidad del sujeto⁴³, ya que existía una imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida⁴⁴.

El argumento que utilizó la AP para concluir lo contrario y dictar una sentencia condenatoria en apelación, podría ser apreciado como una simple corrección de la estructura racional de los argumentos expuestos por el juzgador de instancia, que resultaría ajena a una revisión fáctica basada en el examen sin intermediación de pruebas personales. En concreto el tenor literal del fundamento jurídico 4º es el siguiente:

“en contra de lo que en esa resolución absoluta se dice, concurre también la voluntariedad del impago, pues el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago y la voluntariedad de la omisión (...) y no se puede olvidar que la resolución judicial viene precedida de una actividad probatorio sobre la capacidad económica del obligado, por lo que ha de entenderse que él tiene capacidad económica para hacer frente a la prestación económica declarada judicialmente a su cargo, máxime cuando, como consta en los hechos probados, le ha sido rechazado en sede judicial su intento de modificación, sin que de ningún modo se haya probado la imposibilidad de cumplir la prestación.”⁴⁵.

⁴³ Es decir, la concurrencia de omisión dolosa, del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago.

⁴⁴ Se aceptaba así la tesis de la defensa relativa a la falta de trabajo y de percepción de prestación o subsidio de desempleo, lo que suponía la inexistencia de este elemento intencional exigible en el ilícito criminal enjuiciado.

⁴⁵ La sentencia del juzgado contemplaba en el relato de hechos probados los diferentes procesos civiles de separación, modificación de medidas, divorcio y ulterior modificación habidos hasta el año 2001 (momento a que se hace referencia el enjuiciamiento penal de los hechos). Siendo de interés destacar que la pensión alimenticia fijada finalmente en el proceso de divorcio fue mantenida pese a la modificación instada por el aquí acusado quien vio desestimada su petición. De ahí que la AP valore estas circunstancias (acreditadas obviamente por prueba documental) a la hora de entender existente una culpabilidad en el pago y no resultar atendible la situación de falta de empleo alegada por el acusado.

Así, considera la culpabilidad del acusado haciendo incluso referencia a su profesión de ingeniero⁴⁶ y a que “*no parece que sea problemática su incorporación a un trabajo, que ni siquiera consta que haya intentado*”.

Si nos atenemos al criterio que viene estableciendo nuestro TC⁴⁷ podríamos concluir en un primer momento que la revisión realizada por la AP de Valencia era simplemente producto de la incuestionable facultad del juez ad quem de controlar la razonabilidad del discurso establecido en la sentencia recurrida que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta; máxime cuando se mantiene el relato de hechos probados, se analiza fundamentalmente la prueba documental y se parte de los mismos datos objetivados por el juzgador de instancia para valorar que la falta de empleo de acusado no es motivo que haga decaer su conducta omisiva dolosa, sobre todo cuando en los procesos civiles aquél vio desatendida su petición de modificación (o en su caso extinción) de la pensión.

Sin embargo la lectura que hace el TEDH⁴⁸ resulta totalmente distinta, al considerar que se realiza por la AP un examen de las intenciones y el comportamiento de la demandante para llegar a determinar su culpabilidad y que el alcance de esta revisión, en cuanto abarca un asunto o cuestión de hecho y de derecho (no se trataría simplemente de sostener una interpretación diferente de una norma jurídica), conllevaría a entender como indispensable la celebración de una audiencia pública⁴⁹ con el acusado.

Estas dos últimas sentencias han sido invocadas sin más especificación por nuestro TC dentro de una larga lista de resoluciones del TEDH cuando en las SSTC 120/2009 y 2/2010 se ha establecido la

⁴⁶ Menciona que no es la primera vez que le ha sido recordado su alta cualificación profesional, deduciéndose que tal advertencia lo es en referencia a los procesos civiles en los que se fijó y discutió el alcance de la pensión alimenticia a favor de los hijos del matrimonio.

⁴⁷ Ad exemplum puede citarse la STC 256/2007, Sala 2ª, fundamento jurídico 2º: “este Tribunal ha declarado que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, es una cuestión de estricta valoración jurídica que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FUNDAMENTO JURÍDICO 3; 74/2006, de 13 de marzo, fundamento jurídico 2; 43/2007, de 26 de febrero, fundamento jurídico 5; 196/2007, de 11 de septiembre, fundamento jurídico 2)”.

⁴⁸ Fundamentalmente en los párrafos 31 a 37 (ambos inclusive) de su Sentencia de 10 de Marzo de 2009.

⁴⁹ Parágrafo 36. “L'étendue de l'examen effectué par l'Audience en l'espèce amène la Cour à considérer que la tenue d'une audience publique était indispensable. En effet, l'Audience ne s'est pas limitée à effectuer une interprétation différente en droit à celle du juge a quo quant à un ensemble d'éléments objectifs, mais a effectué une nouvelle appréciation des faits estimés prouvés en première instance et les a reconsidérés, question qui s'étend au-delà des considérations strictement juridiques. Par conséquent, la juridiction de recours a été amenée à connaître de l'affaire en fait et en droit (voir Spînu c. Roumanie, arrêt du 29 avril 2008, § 55).”

oportuna doctrina sobre la oportunidad de la reproducción en la segunda instancia del soporte videográfico relativo a la prueba practicada en el juicio oral.

Pero a nuestro juicio un análisis reflexivo del caso Igual Coll debería de llevar al TC a ampliar su doctrina asumiendo la línea ultragarantista que está fijando el TEDH. Estaremos pues expectantes ante futuras resoluciones pues, por ahora, la frontera establecida por aquél queda perfectamente reseñada en la STC 120/2009 cuando establece expresamente una delimitación negativa o por exclusión de aquellos supuestos en que no sería aplicable el llamado canon de constitucionalidad:

“cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales”⁵⁰

Y es que si analizamos el grado de exigencia del TEDH expuesto en el asunto Igual Coll teniendo presente la posibilidad de que en nuestro ordenamiento procesal penal se prevé la celebración en la apelación de una vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada, consideramos que resulta aventurado limitar por exclusión y además con un pretendido carácter genérico los supuesto en que se exigiría la audiencia en la segunda instancia e incluso una inmediación con la prueba personal en aquella fase⁵¹. Por tanto, aventuramos que en un futuro no muy lejano el TC, siguiendo el criterio expuesto por el TEDH, extenderá la exigencia de las garantías constitucionales del derecho a un proceso con todas las garantías (quizás en postura maximalista), de tal forma que deberá de atenderse a cada caso concreto para verificar los mismos parámetros difusos y circunstanciales a los que viene atendiendo el TEDH.

III.- PRINCIPIO DE INMEDIACION EN NUESTRA APELACIÓN PENAL Y EL CONTROL EXTERNO DEL RAZONAMIENTO LÓGICO SEGUIDO POR EL JUZGADOR

⁵⁰ STC 120/2009 de 18 de mayo, fundamento jurídico 4º.

⁵¹ Prueba de ello es que la queja realizada en su momento por el Sr. Igual Coll fue rechazada en vía de amparo.

DE INSTANCIA EN SU VALORACIÓN PROBATORIA: CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA A ESTOS EFECTOS POR LA STC 167/2002.

El principio de inmediación garantiza que exista un conocimiento directo y una percepción sensorial por parte del juzgador respecto a los medios de prueba que se practican ante su presencia; relación directa que guarda íntima conexión con la existencia de un procedimiento de carácter oral en el que se dictará sentencia en base a en lo visto y oído en juicio, y no en la documentación de los actos probatorios⁵².

Implica, como regla general, que la prueba deba practicarse ante el órgano judicial al que corresponde su valoración, sirviendo así, según las palabras utilizadas por nuestro TC, como una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración. Así en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permitirá apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas, el contexto y el modo en que lo fueron; permitirá igualmente acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales, a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros. Finalmente también permitirá, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho⁵³.

Ante este conocimiento directo, la posible revisión de la prueba por órganos o tribunales superiores se ve claramente limitada ante la imposibilidad de realizar por aquéllos una valoración acorde a la exigencia de esta garantía o principio. De hecho en el ámbito de la jurisdicción penal (exponente del principio de oralidad), nuestro TS ha considerado que si la inmediación ha sido ejercida correctamente sobre pruebas legítimas y legales, “*se constituye en un freno importante a la*

⁵² “Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho” (STC 16/2009, de 26 de enero, fundamento jurídico 5º).

⁵³ STC Sala 1ª, S 26-1-2009, nº 16/2009, fundamento jurídico 5º, que a su vez cita las SSTC 188/2000, de 10 de julio, fundamento jurídico 2º; 229/2003, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 14º; 123/2005, de 12 de mayo, fundamento jurídico 5º.

hora de impetrar el amparo casacional o, incluso, constitucional. Caso contrario quebraría de manera importante la seguridad jurídica de aquel Estado democrático y de derecho"⁵⁴.

Ahora bien, aunque la intermediación confiere al juzgador que preside la práctica de la prueba una lógica posición privilegiada en su valoración, procede advertir que esta garantía no debería utilizarse como una suerte de patente de corso que legitimase cualquier valoración realizada por parte del llamado juzgador de instancia. En su momento, ANDRES IBAÑEZ⁵⁵ expuso unas agudas y precisas conclusiones críticas respecto a la que podemos considerar como una sobredimensión o uso indebido de dicho principio. Así denuncia que *"la manera de entender la práctica de la intermediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción"*⁵⁶, cuando la intermediación debe tener solo un valor instrumental en cuanto técnica de formación de las pruebas (no como método para el convencimiento del juez), pudiendo, por lo tanto, ser objeto de usos correctos o incorrectos⁵⁷ que puede llevar a la consagración de *un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo*.

Es más, el mismo autor advierte que esta percepción subjetiva es un tipo de experiencia extraordinariamente abierta a la imprecisión y al error por cuanto que a la hora de valorar las llamadas pruebas directas o personales y proceder al enjuiciamiento de la credibilidad de las personas que deponen ante el órgano judicial, los llamados elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el deponente (*la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas y tantos otros*) son *procesados de la misma manera que cualesquiera otros datos tomados de la realidad empírica*⁵⁸.

⁵⁴ Sentencia de la Sala 2ª de 8-10-1999, nº 1428/1999, que realiza el factor determinante de la misma dado que ante esta relación directa *"los jueces pueden entonces obtener las conclusiones que en justicia estimen lógicas, racionales y congruentes. Pueden, en conclusión, ver y oír lo que ya otros ojos y oídos no podrán percibir después"*.

⁵⁵ ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs. 58-59.

⁵⁶ Así, según sus palabras, la consecuencia sería que *"lo visto y lo oído"* por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justificable, sería también de imposible fiscalización por quien no hubiera participado y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia". ANDRÉS IBAÑEZ, P. *Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo de 2003, págs. 58-59.

⁵⁷ Caso de que más allá de la relación de proximidad témporo-espacial como fuente de conocimiento racional, susceptible de verbalización y valoración intersubjetiva (por tanto accesible a la crítica de terceros), sea considerada como una forma de percepción íntima *"extrasensorial casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones, de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido(y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la intermediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento"* ANDRÉS IBAÑEZ, P: ob. cit. pág. 59.

⁵⁸ Con lo que se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas. Esto es, mediante juicios implícitos". Se parte pues de una *"inferencia inconsciente a partir de premisas que no se objetivan como tales, de manera que lo concluido se considera una suerte de percepción directa, a través de impresiones"*. ANDRÉS IBAÑEZ, P. *Ibidem* pág. 63.

En la misma línea, otra voz crítica es la que mantiene VILLEGAS FERNANDEZ⁵⁹ quien advierte del potencial peligro o riesgo que puede existir a su juicio ante la idea erróneamente extendida de que la inmediación por sí sola sirve para descubrir la verdad en relación con la valoración de la prueba de carácter personal que realiza el órgano judicial. Así en relación con los pronunciamientos judiciales que vienen recayendo en relación con la doctrina establecida en la STC 167/2000, considera que en cierto modo estos pronunciamientos “*se hacen eco de una creencia muy extendida según la cual los embusteros serían fácilmente reconocibles por sus miradas esquivas, titubeos, o por narrar historias más largas de lo habitual, rascarse y, en general, una pléyade de indicios inconscientes. Ahora bien, tales tópicos carecen de apoyo científico*”⁶⁰. A estos efectos considera esencial que el juzgador que preside y dirija el desarrollo de la prueba bajo el principio de inmediación tenga la correspondiente preparación psicológica desde el punto de vista científico⁶¹.

En principio, esta advertencia en relación con el asunto que ocupa, podría llevarnos a una cuestionar ciertas posiciones maximalistas en torno a la doctrina garantista establecida a partir de la STC 167/2002⁶² y a la jurisprudencia del TEDH que hemos consignado en este informe, pero lo cierto es que resulta innegable que la inmediación, la oralidad y la concentración de la prueba en la primera instancia confiere al juzgador que la preside una posición privilegiada o preferente a la hora

⁵⁹ VILLEGAS FERNANDEZ, J.M. *¿Es la inmediación judicial causa de indefensión para las partes?*, Actualidad Jurídica Aranzadi Nº 776. Págs. 12 a 14.

⁶⁰ “El estudio llevado a cabo en el año 2006 en la Universidad de Texas por el psicólogo Charles Bond muestra que el 70 % de las personas cree ser capaz de distinguir la verdad de la fabulación, pero que sólo un 5 % está realmente dotado de facultades para percibir con fiabilidad la diferencia. Ni siquiera los jueces ofrecen un perfil de efectividad por encima de la media (MARANTZ, 2006).”⁶⁰. VILLEGAS FERNANDEZ, J.M. *Ibidem* pág. 13.

⁶¹ Invoca la ciencia de la psicología del testimonio dentro de la llamada psicología jurídica, relativa a la percepción y codificación de la información que emiten los testigos u otros sujetos procesales, con el fin no solo de saber si mienten o no sino también para determinar la exactitud de los datos aportados por aquéllos. Y es más, partiendo de que la inmediación por sí sola no sirve para descubrir la verdad, siendo necesario por tanto que concurra esta preparación científica en el órgano judicial, advierte que “*sería un craso error que el juez, sin preparación psicológica científica, sentenciara que alguien miente porque titubea, mira hacia el suelo, gesticula, le tiembla la voz o cualquier otro consejo de la sabiduría popular. Estos elementos se denominan en psicología del testimonio “indicadores no verbales” tales como: errores expresivos (repeticiones, lapsus linguae), pausas, miradas, sonrisas, parpadeos o movimientos (de cabeza, manos, piernas, tronco, cambio de posición de cuerpo). Su fiabilidad es muy escasa, entre el 45% y el 64%, o sea “ligeramente superior al azar” (ARCE y FARIÑA, 2005). Nótese que estos magros éxitos los obtienen los expertos adiestrados en la materia, cuánto más se equivocarán los legos. Insistamos, el magistrado, aun con toda su experiencia no está mejor capacitado que el resto de las personas a la hora de otorgar credibilidad empírica a las pruebas*”. VILLEGAS FERNANDEZ, J.M. *Ibidem* pág. 13.

⁶² Respecto a las diversas investigaciones y estudios relativos a la psicología del testimonio que VILLEGAS FERNANDEZ cita en su artículo, éste mismo llega a decir: “*Estas últimas investigaciones sonarán a revolucionarias desde la perspectiva inmediacionista, no sólo de la doctrina patria, sino del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se tiene la sensación de que es más garantista el fallo que dicta el juez de lo penal, que percibe sin intermediarios al deponente, que la revisión de la Audiencia Provincial mediante la lectura de los autos. Mas no se suele reparar en que el primero experimenta mayor riesgo de sucumbir a su propia subjetividad, a sus prejuicios o impresiones personales.*” *Ibidem* pág. 14.

de llevar a cabo el correspondiente proceso complejo lógico e intelectual de su valoración. Además de que existe un límite constitucional insalvable desde la STC 167/2002 en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, dado que precisamente los principios de publicidad, inmediación y contradicción, forman parte de su contenido e imponen sin reservas que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

En su debate con Andrés Ibáñez, JULIO B.J. MAIER mantiene que aquél analiza la inmediación bajo una óptica inadecuada, pues la esencia o razón de dicho principio no consiste en el logro de la verdad, sino que supone un método que asegure frente al proceso inquisitivo propio del Antiguo Régimen, “*un enfrentamiento transparente propio de las sociedades en principio democráticas (...) y mediatamente de lograr posibilidades parejas para quienes contienden*”⁶³. En este sentido no tiene por qué identificarse con el método procesal para hallar la verdad, sino que es una garantía que asegura la igualdad de armas y transparencia en el litigio correspondiente (de ahí que esté ligada inexorablemente al juicio público y oral). De hecho, para dicho autor, la búsqueda de la verdad como garantía individual del acusado funciona o resulta operativa ante los casos de condena penal, pues la absolución no provoca en principio riesgo alguno para aquél⁶⁴. Es decir, sólo en los casos de condena penal la búsqueda de la verdad funcionará como garantía del justiciable⁶⁵ y deberá de suponer el oportuno control judicial de la decisión penal, de ahí que incluso aquél concluya que dicho control sólo se puede producir a favor del acusado, nunca en disfavor de él⁶⁶.

Por tanto, frente a las advertencias críticas sobre el peligroso uso de la inmediación y los límites que dicho principio implica para su control en la instancia superior, la conclusión de MAIER en este

⁶³ Continúa exponiendo que “si su aplicación no oculta la verdad, mejor, pero hallarla no constituye su fin principal, sino uno meramente contingente y referido a la época moderna”. MAIER, J. B.J. *¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición y composición*, Jueces para la democracia, Nº 49, 2004, págs. 15-26.

⁶⁴ Ello comporta que la absolución queda firme por su sola emisión, con lo cual la verdad “queda fuera como objeto de control y por ende, tampoco debe ser objeto de crítica en una segunda instancia. (...) De tal manera sólo se presenta como objeto de control una eventual segunda instancia, cualquiera que sea la extensión de ese control y del nuevo examen del caso”. Por tanto, continua: “Si se quiere y estoy dispuesto a afirmarlo, también la inmediación entendida de manera clásica y como garantía individual, tiene importancia como condición de la condena, por lo demás sólo controlable a requerimiento del condenado”. *Ibidem* pág. 17.

⁶⁵ “Absolver cuando no hay duda sobre la correspondencia de esa decisión, es posible aun sin el juicio público, pero condenar sólo es posible, jurídicamente a través de un juicio público. Estimo entonces, políticamente, que no hay que ceder ni un ápice pues su realización correcta implica una verdadera conquista democrática” MAIER. J. B. C. *¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición y composición*, Jueces para la democracia, Nº 49, 2004, pág. 20

⁶⁶ “Si se quiere —y estoy dispuesto a afirmarlo—, también la inmediación entendida de manera clásica y como garantía individual, tiene importancia como condición de la condena, por lo demás sólo controlable a requerimiento del condenado”. MAIER J. B. C. *Ibidem*, pág. 17.

punto resulta demoledora: “si algunos jueces –los “superiores”-pueden juzgar por los registros de una audiencia, por un acta y unas constancias exigentes y perfeccionadas, unidas a unas explicaciones del tribunal que juzga por delegación, esto es, sin juicio público, me pregunto yo, ¿por qué no poner a estos últimos jueces y a este último método adelante y no detrás del carro? Con ahorro de tiempo y de dinero, en tanto un juez, un funcionario público o un tribunal delegado instrumente los registros (¿recuerdos del futuro?) y el superior los juzgue”⁶⁷.

Ahora bien, si acudimos al ámbito casacional de nuestro proceso penal, donde a priori resulta inviable denunciar una errónea valoración de la prueba por parte del juzgador de instancia, podemos observar cómo incluso para nuestro TS el principio de inmediación y la valoración probatoria no debe de ser considerado como un espacio situado extramuros del ámbito del control jurisdiccional en dicha fase⁶⁸. Y así (añadimos nosotros y lo ha venido manteniendo nuestro TC) también puede ocurrir en la apelación, ya que el Tribunal superior por su plena jurisdicción debe verificar la estructura racional de las argumentaciones y valoraciones efectuadas en la instancia que determinaron el relato de hechos probados sobre el que se establece el correspondiente pronunciamiento⁶⁹, máxime cuando por exigencia del deber de motivación, el juzgador a quo ha de exponer en su sentencia el discurso valorativo para que puesta ser objeto de control por el órgano de apelación que revisa la misma. Si dicho discurso resulta huérfano de razonabilidad y razonabilidad; el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad⁷⁰, vendrá a constituir un límite a la libre valoración probatoria reconocida en el artículo 741 LECrim, habilitando a dicho Tribunal superior para que case o revoque (según el recurso empleado) la sentencia de instancia⁷¹.

Por tanto, resultaría respetuoso con el derecho a un proceso con todas las garantías, que la crítica o revisión efectuada en la sentencia de apelación se realizase sobre la corrección o coherencia del razonamiento empleado por el juzgador de instancia en la valoración de la prueba siempre que no se sustituyese a dicho órgano de enjuiciamiento en la valoración de los medios probatorios cuya

⁶⁷ MAIER. J.B. C, Ibídem pág. 18.

⁶⁸ SSTS 408/2004, de 24 de marzo, y 403/2007, de 16 de mayo (fundamento jurídico 4º).

⁶⁹ Como bien advierte la STS nº 2047/2002 de la Sala 2ª de 10 de diciembre de 2002, "en la valoración de la prueba directa cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control por un tribunal superior en vía de recurso que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, si no en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos".

⁷⁰ Artículo 9.3 CE

⁷¹ Cosa distinta será el alcance que tenga esta sentencia si el discurso valorativo que se deja anulado servía para justificar un fallo condenatorio o absolutorio y si nos encontramos ante un recurso extraordinario de casación o ante un recurso ordinario de apelación.

apreciación requiere intermediación. De esta forma la garantía de la intermediación (como proyección del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías) no podría jugar en estos casos, el papel limitador de las facultades del órgano judicial ad quem, respecto al control que puede y debe ejercitar sobre la razonabilidad externa, siempre que apreciase un razonamiento absurdo, arbitrario, no fundamentado o ilógico en la sentencia de instancia⁷².

Ahora bien, atendiendo a la realidad de nuestra práctica forense (donde siempre subyace la práctica de pruebas personales en cualquier juicio penal, al menos en lo que respecta al interrogatorio del acusado), será sumamente difícil, por no decir imposible, el establecimiento de una línea fronteriza a este respecto, pues como expone la STC 272/2005 la determinación de los supuestos en que se ha infringido el derecho fundamental citado (cristalizado ahora en la garantía de la intermediación) es eminentemente circunstancial.

Es más, si analizamos las sucesivas resoluciones del TC nos encontramos con decisiones como la que atañe a la STC 338/2005 que precisamente en relación con las circunstancias del caso en modo alguno podrían considerarse acordes con el criterio del TEDH (citemos simplemente como ejemplo el asunto Igual Coll) ni a los postulados en que en sucesivas sentencias ha venido manteniendo nuestro más Alto Tribunal.

Precisamente la STC 338/2005, invocando a su vez lo afirmado en la precedente STC 272/05⁷³, mantiene que no cabe reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia. Pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en

⁷² “no cabrá entender vulnerado el principio de intermediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia” SSTC 272/2005 y 338/2005.

⁷³ Cuyo caso no puede resultar comparable al supuesto debatido en la STC 338/2005, pues en la primera se trataba de una condena en apelación por un delito contra la seguridad del tráfico en base a la acreditación constatada por el juez de instancia de la efectiva ingesta de alcohol, pero discrepándose del razonamiento contenido en la sentencia en cuanto a la ausencia de influencia en la conducción ante la carencia del certificado de homologación o calibración anual del etilómetro que diese la fiabilidad suficiente para imponer la condena. Tratándose en suma según la propia STC 272/2005 de una apreciación de la prueba documental que no exigía intermediación alguna.

reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales, aunque se advierta desde el mismo TC que no cabe adelantar soluciones rígidas o estereotipadas, debiendo realizarse el correspondiente análisis de cada caso⁷⁴.

Bajo estas premisas, una atenta lectura de los antecedentes de la STC 338/2005 nos permite apreciar cómo tras el pretendido control o verificación externa de la estructura racional de la sentencia de instancia se ha llegado en este caso a permitir o bendecir desde el mismo TC la valoración por parte del órgano de apelación de unas pruebas directas y personales para redactar un nuevo relato de hechos probados sin llegar a celebrar vista en la segunda instancia ni apreciar dichos testimonios bajo el principio de la inmediación⁷⁵. Lo excepcional y singular de esta posición se evidencia cuando fue debidamente corregida o matizada en resoluciones posteriores, como la STC 1/2010 en la que se incide precisamente en la falta de validez de la argumentación del Tribunal de apelación a la hora de concluir que la inferencia del juez de instancia respecto a los hechos base, resultaba ilógica en cuanto que los elementos fácticos (indiciarios) que se procedía a reconsiderar tuvieron acceso al Juzgador de segunda instancia por medio probatorio personal (la declaración del acusado y las testificales) sin celebrarse audiencia en la apelación⁷⁶.

⁷⁴ “En este, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da contestación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final”. STC 272/2005, fundamento jurídico 2º; STC 338/2005, fundamento jurídico 2º.

⁷⁵ El límite difuso expuesto por el TC en su razonamiento no podría permitir la convalidación desde el punto de vista constitucional de la actuación realizada en su momento por el Juez de instrucción en su ámbito competencial como órgano de apelación frente a la resolución del juez de paz: *“Para cerrar el marco de nuestro razonamiento general conviene reiterar una vez más que la delimitación de los supuestos en los que nos encontramos ante un control o análisis externo efectuado por el órgano judicial de apelación sobre el razonamiento empleado por el Juez a quo para conferir verosimilitud a un testigo respecto de aquellos otros en los que, por el contrario, se traspasa ese enjuiciamiento distante para sustituir o sobreponerse en la valoración misma de la declaración, es eminentemente circunstancial. Serán los factores de hecho concurrentes en el caso concreto, y muy en particular la contemplación global de las Sentencias de instancia y apelación, incluidos los razonamientos implícitos en ellas contenidos, los datos que conduzcan a la solución correcta en cada supuesto.”* STC 338/2005, FUNDAMENTO JURÍDICO 3º.

⁷⁶ *“Esto es, la Audiencia Provincial tomó como determinante y decisivo para su fallo y fundamentación jurídica de condena, lo declarado por el acusado y los testigos en el juicio oral ante el Juzgado de lo Penal, efectuando una reflexión sobre los indicios derivados de los medios de prueba personales. De ello debe concluirse que el recurrente fue condenado ante dicha Audiencia por primera vez, respecto de un segundo delito de robo del que había sido absuelto por el Juzgado, sin ser oído ante aquélla, en lo que, respecto de la sustracción en el establecimiento, venía a constituir el primer juicio penal, en el cual resultaba constitucionalmente exigible la audiencia del acusado para poderle condenar,*

A tal efecto resulta concluyente lo afirmado en la citada STC 127/2010 respecto a la valoración de pruebas indiciarias, al recordar que si bien cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estaríamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, debe advertirse que, si esta base de indicios provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, corrigiéndose las conclusiones del órgano de primera instancia, sin examinar directa y personalmente dichas pruebas, se vulnerará el derecho a un proceso con todas las garantías⁷⁷.

IV.- LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS VIGENTES ARTICULOS 790.3 Y 791 LECRIM: ¿POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA AUDIENCIA PUBLICA CON EL ACUSADO EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y REPRODUCIR O, EN SU CASO, PRACTICAR ANTE EL TRIBUNAL AD QUEM AL MENOS LOS MISMOS MEDIOS PROBATORIOS PERSONALES QUE FUERON REALIZADOS EN EL JUICIO ORAL?:

La STC 167/2002 ha interpretado en sede constitucional el ejercicio de las facultades que en su momento el artículo 795 LECrim otorgaba en el ámbito de la apelación al Tribunal ad quem y para ello como hemos explicado, acude por la vía del artículo 10.2 CE a la jurisprudencia del TEDH, revisando su anterior doctrina⁷⁸. Dado que la plena jurisdicción del Tribunal ad quem queda definitivamente limitada por el respeto a los principios de inmediación y contradicción en cuanto garantías que conforman el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en nuestro artículo 24 CE.

Ello implicará que las opciones que en la práctica caben ante una posible impugnación de una sentencia absolutoria dictada en primera instancia en la que dicho fallo guarda evidente relación con la valoración y prueba de carácter personal se reduzcan a la siguiente disyuntiva: bien entender factible que exista una plena jurisdicción del Tribunal de apelación practicando de nuevo en la segunda instancia las pruebas personales que dependan de los principios de inmediación y de

haciendo así efectiva su garantía a la inmediación. Y ello al margen de las conjeturas acerca de los resultados indiciarios derivados de la prueba practicada en el plenario del Juzgado y argumentación jurídica, o de cuál pudiese (o no) haber sido el sentido y contenido de una declaración del acusado en segunda instancia, puesto que lo determinante -a efectos de nuestra doctrina- es que dicha prueba personal exigible en segunda instancia penal no se reprodujo, y que el recurrente fue condenado sin ser oído, aunque hubiere disfrutado de una limitada contradicción, escrita, en virtud del traslado de los respectivos recursos de apelación". STC 1/2010 fundamento jurídico 3º.

⁷⁷ STC 127/2010, fundamento jurídico 1º.

⁷⁸ Entre otras SSTC 172/1997, de 14 de octubre, fundamento jurídico 4º; 120/1999, de 28 de junio, fundamentos jurídicos 3º y 5º.

contradicción⁷⁹, bien considerar que a tenor de cómo se configura actualmente el recurso de apelación en el ámbito del procedimiento abreviado (extensible por la remisión legal existente a los demás procesos penales en los que está regulado el recurso, salvo respecto al Tribunal del Jurado) la confrontación de los supuestos contenidos en nuestra ley rituaría y las exigencias que en sede constitucional comporta el principio de inmediación, supondría que no cabe de facto revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias cuando el motivo de su impugnación se centre de una forma u otra en el examen directo o indirecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia.

Dada la ausencia por ahora de toda traslación positiva por parte de nuestro legislador respecto a la doctrina instaurada por la STC 167/2002, se podría concluir que ambas formas de entender en la práctica las exigencias derivadas de este nuevo criterio resultan válidas desde el punto de vista constitucional, aunque en los últimos años la mayoría de las resoluciones dictadas por nuestras Audiencias Provinciales se han inclinado por considerar que la habilitación judicial de la vista prevista en el actual artículo 791 LECrim para la celebración con el acusado de la práctica y reproducción de los medios de prueba personales en segunda instancia supondría una interpretación contra legem que no resultaría admisible, acogiéndose por lo tanto el segundo de los planteamientos o soluciones propuestas y haciendo caso omiso al criterio expuesto a modo de *obiter dicta* en diversas resoluciones de nuestro TC en cuanto que la interpretación constitucional de estos preceptos de la LECrim avalaría la realización en segunda instancia de esta clase de audiencias pese a la falta de expresa previsión legal.

Por otra parte merece nuestra atención, la STC 48/2008 dictada en su momento por el Pleno ante la invocación por el demandante en amparo de una supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, en que habría incurrido en su momento la AP de Guipúzcoa cuando aquella desestimó la petición que había realizado en la apelación interpuesta contra la sentencia absolutoria de primera instancia respecto a la repetición o nueva práctica de las declaraciones de acusados y testigos en dicha alzada⁸⁰. El interés de esta resolución radica en que el Pleno del TC ha establecido con total claridad que la doctrina de la STC 167/2002 no conlleva desde esta perspectiva

⁷⁹ Lo que tampoco resulta fácil, pues para empezar no existe garantía alguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las llevadas a cabo en el juicio oral de la primera instancia, como por el hecho de que a priori una interpretación literal de nuestro art. 790.3 LECrim impediría la repetición o en su caso nueva práctica de estas pruebas.

⁸⁰ Toda vez que la impugnación de la resolución del Juzgado de lo Penal se basaba en la denuncia de un error en la apreciación de las pruebas relacionado con el resultado de dichos medios.

constitucional, para los tribunales de apelación la obligación de practicar en la segunda instancia aquéllas pruebas de carácter personal que fueron realizadas en el acto del juicio oral⁸¹.

A estos efectos, recuerda que el recurso de apelación penal en cuanto garantía constitucional, se limita simplemente a la revisión de la sentencia sin que su interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España deba suponer “una nueva valoración de la pruebas, ni con ello la reiteración de la práctica de las mismas ante el órgano judicial revisor cuando así lo demanden las garantías de inmediación y contradicción”⁸². Precisar que el propio tenor literal del art. 14.5 PIDCP⁸³, “no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades”⁸⁴. Es decir, el PIDCP no establece “un derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino (...) el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera 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”⁸⁵.

Se descarta así la denuncia efectuada respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (del que formaría parte el derecho de acceso al recurso)⁸⁶ e, igualmente, resulta clara para nuestro TC la desestimación ligada a la infracción del derecho a la prueba, pues las resoluciones de la AP fundamentaba la denegación “en que la prueba solicitada, que ya había sido practicada en la instancia, no formaba parte de aquéllas para cuya petición queda facultado el recurrente por la LECrim, que en su art. 795.3 (...) en la actualidad, con casi la misma redacción, en el art. 790.3”⁸⁷. Así además de aclarar el Pleno cuál es la competencia

⁸¹ Así lo había interpretado el Ministerio Fiscal invocando para ello el derecho de acceso al recurso y extendiendo indebidamente el significado y alcance de lo expuesto por dicho Tribunal en su sentencia 285/2005.

⁸² Fundamento jurídico 2º.

⁸³ Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley.

⁸⁴ Cita también presente en las SSTC 76/1982, fundamento jurídico 5º y 70/2002, fundamento jurídico 7º (STC 123/2005, fundamento jurídico 6º).

⁸⁵ Fundamento jurídico 2º.

⁸⁶ “tanto por su contenido como por su condición de parte acusadora, el tipo de recurso facilitado a la misma cumplía las exigencias constitucionales derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): por una parte, porque la misma ejercitaba la acusación y no era, por tanto, titular de la garantía penal del recurso; por otra parte, y en cualquier caso, aunque de un penalmente condenado se hubiera tratado, porque el impulsado era un recurso legalmente previsto que cumplía suficientemente la función revisora que impone el art. 24.2 CE en la interpretación que informa el art. 14.5 PIDCP.” (fundamento jurídico 2º)

⁸⁷ En concreto el actual artículo 790.3 señala que podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no

del TC en este punto⁸⁸, precisa que la doctrina iniciada en la STC 167/2002 se limitaba de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, a afirmar que no cabía valorar en vía de apelación una prueba de cargo sin intermediación, contradicción ni publicidad puesto que éstas constituyen garantías esenciales de la "*corrección de la valoración*"⁸⁹. A partir de ahí, como acabamos de exponer, no es competencia del citado TC la relativa a la aplicación e interpretación de las normas procesales que rigen la prueba en la apelación penal y, por tanto, no le corresponde a aquél decidir qué pruebas deben practicarse a partir de la regulación establecida por el legislador ordinario⁹⁰.

Ahora bien, por el TC desde su posición limitada respecto a la interpretación de lo que era el artículo 795.3⁹¹ LECrim (actual artículo 790.3), también se afirma expresamente que, partiendo de la exigencia de signo constitucional⁹² establecida desde la célebre STC 167/2002, será igualmente válida aquella interpretación que se realice en su caso por el Tribunal de apelación respecto a dichos preceptos procesales de la LECrim que conlleve admitir la práctica en la segunda instancia de pruebas de carácter personal ya realizadas en la primera, cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados.⁹³

De ahí que siendo ambas interpretaciones admisibles desde el punto de vista constitucional (la que postuló en su momento la AP de Guipúzcoa para el caso enjuiciado en la STC 48/2008 y la anteriormente indicada -a título de obiter dictum-), corresponderá finalmente a la jurisdicción ordinaria "*fijar cuál sea aquella que mejor se ajuste a las disposiciones de la LECrim*"⁹⁴.

le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión.

⁸⁸ "nuestra tarea de amparo del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa se restringe en este punto a velar por que la petición de prueba haya sido objeto de respuesta, de respuesta motivada y de respuesta con una motivación que no sea ni arbitraria ni irrazonable, lo que podrá suponer la validez constitucional de interpretaciones divergentes en torno a las pruebas habilitadas por el Ordenamiento en fase de apelación". fundamento jurídico 3º.

⁸⁹ Entre otras, SSTC 112/2005, fundamento jurídico 2º; 141/2006, fundamento jurídico 3º; ATC 467/2006, fundamento jurídico 3º.

⁹⁰ En este caso estaríamos hablando de la interpretación y aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 790 LECrim.

⁹¹ Sólo podrán practicarse en apelación aquellas diligencias de prueba que no pudieron proponerse en la primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al apelante STC 48/2008, de 11 de marzo, fundamento jurídico 3º).

⁹² Que en casos de apelación de sentencias absolutorias el Tribunal ad quem no puede revisar su valoración si por la índole de las mismas es exigible la intermediación y contradicción cuando dicha impugnación se funda en la apreciación de la prueba practicada por el juzgador a quo.

⁹³ Fundamento jurídico 2º.

⁹⁴ Conforme indica la STC 120/2009, fundamento jurídico 2º, más allá del juicio de constitucionalidad, en que resulta que ambas interpretaciones son compatibles con el artículo 24.2 CE, "*la definitiva opción por cualquiera de las que resulten constitucionalmente admisibles compete en última instancia al Tribunal Supremo, al que el art. 123 CE confiere la condición de "órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías*

Por tanto, debe de precisarse que la STC 167/2002 no ha venido a cuestionar por constitucionalmente insuficiente el ámbito de la apelación penal en nuestro Ordenamiento jurídico, sino sólo a exigir que en su desarrollo se observen las garantías constitucionales y, en concreto, las de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas de cargo cuando tal valoración se haya de producir conforme a las previsiones legales⁹⁵. La preservación de estas garantías constitucionales habilitaría que ante el órgano de apelación se pudieran practicar las pruebas personales y, por supuesto, el examen directo y personal del acusado que negase haber cometido la infracción considerada punible, sin que ello suponga “una interpretación no irrazonable de la ley”.⁹⁶

De escoger (en cuanto resulta constitucionalmente admisible según nuestro TC la vía interpretativa de los vigentes artículos 790.3 y 791 LECrim que avala la celebración de la audiencia pública en la segunda instancia con la participación del acusado y práctica de las pruebas personales, deberán de tenerse presente las indicaciones que se extraen de la STC 16/2009 de la sala 1ª para asegurar el logro de una inmediación plena (aparte de la consabida y necesaria contradicción). En este punto, cuando se trate de valorar el alcance de la declaración o versión del acusado realizada ante el juez de instancia, el Tribunal de apelación no estaría en condiciones de revisar el criterio del juzgador a quo por el hecho de la mera asistencia del acusado a la vista o la mera ratificación por parte de aquél de lo declarado en su momento sino que resultará razonable la exigencia de un nuevo interrogatorio de aquél sin perjuicio de que de una forma u otra, bien por la reproducción de las declaraciones guardadas en el oportuno soporte videográfico o digital, bien a través de la lectura del acta correspondiente se pudiesen introducir en la nueva vista de apelación cumpliéndose las garantías constitucionales básicas dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías⁹⁷.

constitucionales” y que desarrolla su destacada función unificadora a través del recurso de casación.”. Aunque no cabe duda que tal y como hoy está articulado nuestro sistema de recursos en el ámbito procesal penal, la decisión queda en mano de cada Audiencia Provincial con las consabidas incertidumbre e inseguridad jurídicas que hemos expuesto en este informe.

⁹⁵ STC 48/2008, fundamento jurídico 5º.

⁹⁶ Pues “lo que en ningún caso será constitucionalmente lícito es la práctica y valoración de pruebas sin las garantías constitucionales mínimas, cosa que sucederá, como ya se ha señalado, si el órgano valora una prueba personal a la que no ha asistido o que, por la ausencia de otra que se solicitaba en contraposición a la misma, no posibilitaba su adecuada contradicción.” STC 48/2008, fundamento jurídico 6º.

⁹⁷ Como bien expone la STC 16/2009: “En el presente caso, como ya se ha señalado, en la vista de la apelación el recurrente, que había resultado absuelto en la Sentencia que se recurría, optó por limitarse a ratificar sus declaraciones previas “en autos”, sin que fuera interrogado al respecto por quienes habían solicitado su comparecencia e interesaban una nueva valoración de las mismas -el Ministerio Fiscal y, por adhesión, el Abogado del Estado-, que tampoco solicitaron su lectura. Ello supone que no sólo no se dio una situación de inmediación plena del órgano de valoración en relación con las declaraciones que valoraba, sino que, en su defecto, tampoco se produjo la garantía que de un modo constitucionalmente suficiente procura la reproducción oral de aquéllas en la vista en presencia del declarante. Ha de darse así la razón al Letrado del recurrente, que alegó expresamente en la propia vista que “lo realizado en este acto no cumple con lo preceptuado por las sentencias del Tribunal Constitucional”: las declaraciones ahora en cuestión no

V.- BREVE APUNTE SOBRE LA REPERCUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002 SOBRE EL ALCANCE DE LA GRABACIÓN DE LAS VISTAS ORALES DE LOS JUICIOS PENALES, EN RELACIÓN CON LA PROYECCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE INMEDIACIÓN, ORALIDAD, CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

Entre las importantes modificaciones que ha introducido la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, destaca la novedad relativa a la grabación de los juicios orales en el proceso penal⁹⁸ sin perjuicio de la posible no presencia del secretario judicial si se cumplen determinados requisitos. De todas formas, esta circunstancia no afecta al planteamiento ligado a la imposibilidad que el Tribunal *ad quem* pueda revisar la valoración de aquella prueba en la que se exija la inmediación de la que sí ha dispuesto el órgano de instancia, esto es a la exigencia de que se cumplan para ello en esta fase procesal las garantías constitucionales de inmediación y contradicción sin que por tanto puedan ser sustituidas por el simple visionado y examen de tal grabación.

Esta respuesta contundente viene dada porque ya existe un claro pronunciamiento por parte de nuestro TC dado que con anterioridad a la reforma legislativa en nuestra práctica forense se venían grabando los juicios orales llegando a plantearse en diversas Audiencias Provinciales la posibilidad de superar el férreo requisito establecido por nuestro TC⁹⁹ e incluso a adoptarse como criterio por la AP de Madrid¹⁰⁰ la posibilidad de revisar la pertinencia de la solución absolutoria de una sentencia

podían por ello ser valoradas sin quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que ahora procede declarar". Fundamento jurídico 5º.

⁹⁸ Artículo 743. 1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. (...).

⁹⁹ *"Se pensaba que, si el Tribunal Constitucional había puesto el acento a la hora de elaborar su doctrina en que dictar una sentencia de condena sin un examen directo y personal de la prueba practicada en debate público y contradictorio infringía el derecho a un proceso con todas las garantías, desde el momento en que, mediante la reproducción de lo grabado en vídeo, era posible oír personalmente a las partes lo que declararon en el contradictorio que se celebró en la audiencia pública, no nos veríamos restringidos en la valoración de estos testimonios".* MAGRO SERVET, V. *La grabación de los juicios penales en la reforma de la LECrim. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la actuación del Secretario Judicial en los juicios penales y el principio de inmediación en materia de recursos en La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 67, 2010, pág. 77.

¹⁰⁰ Acuerdo nº 19 adoptado en fecha 26 de mayo de 2006 por mayoría muy cualificada en la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid. Previamente, ante la ausencia de la posibilidad legal de la grabación de los juicios orales, el 24 de mayo de 2004 la misma Junta había adoptado el un Acuerdo por el que se concluía que: *"en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias no deben practicarse de nuevo en la segunda instancia las pruebas que dependan de los principios de inmediación y de contradicción. Esa nueva práctica entrañaría graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se pondera el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado. Por otro lado, la repetición de las pruebas no sería legalmente posible a tenor de las*

de primera instancia basada en prueba personal, si se contaba con grabación audiovisual del acto del juicio oral, en la medida en que el Tribunal revisor se encontraría en las mismas condiciones que el de enjuiciamiento en primera instancia.

Así la STC 120/2009 analiza si en una resolución dictada en apelación por la que se llega a un pronunciamiento condenatorio tras una valoración de pruebas de carácter personal, con la revocación de la resolución absolutoria de primera instancia, se respetaban las garantías de inmediación y contradicción ante el visionado por el tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral¹⁰¹. Para resolver este interrogante hemos de recordar nuevamente que lo esencial de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración siendo una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano que la ha de valorar. Por tal motivo se identifica la actividad procesal que debería de desarrollarse en la segunda instancia para la valoración de los medios personales de prueba con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realizaría el correspondiente examen directo y personal que implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, descartándose su sustitución por la reproducción de la grabación de primera instancia.

A idéntica conclusión llega la STC 2/2010, sin perjuicio de que en ambas resoluciones se deje una puerta abierta a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. No solamente a los efectos de contrastar la declaración prestada en el juicio oral (a tal fin reproducida), en presencia de quien la realizó, para que aquel fuese interrogado sobre su contenido¹⁰², sino también (y esto resulta relevante para casos futuros), de forma excepcional y justificada cuando la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de “modularse” en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia¹⁰³, invocando

restricciones que impone el art. 790.3 LECRIM y el acusado no tendría, obviamente, obligación de someterse a un segundo procedimiento ante la Sala sin un precepto que así lo impusiera o permitiera expresamente”.

¹⁰¹ Se trata pues en palabras utilizadas por dicho Tribunal de resolver “si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido”.

¹⁰² Así se permite su introducción en la nueva vista ante el órgano de apelación, “que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma”. STC 120/2009, fundamento jurídico 6º.

¹⁰³ Así el TC recuerda que se ha admitido “la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala -aunque falte en esta segunda instancia la inmediación y la contradicción, como consecuencia de la imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación- cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate

para ello incluso jurisprudencia del TEDH¹⁰⁴, sin perjuicio de considerar que también nuestra LECrim establece en relación con el juicio oral ciertos supuestos en los que pese a existir un defecto de intermediación no se ven afectados desde el punto de vista de la validez de la actuación procesal correspondiente¹⁰⁵, debiéndose tener presente que “*cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista*”¹⁰⁶.

VI.- LA DIFÍCIL COMPATIBILIDAD DEL MODELO DE APELACIÓN LIMITADA PRESENTE EN NUESTRO PROCESO PENAL CON LA POSIBLE CONSTITUCIÓN DE UN AUTÉNTICO SISTEMA DE “SEGUNDO JUICIO” A LA LUZ DE LA OPCIÓN APUNTADA POR NUESTRO TC RESPECTO A LA REALIZACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE AUDIENCIA PÚBLICA EN SEGUNDA INSTANCIA CON LA INTERVENCIÓN DEL ACUSADO Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS PERSONALES A FIN DE GARANTIZAR LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES PROPIAS DE UN DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS: EL INELUDIBLE RIESGO DE LA PENA DE BANQUILLO.

La permisividad con que se contempla esta posibilidad por nuestro TC en base a la propia interpretación constitucional de la LECrim actualmente vigente, supone que se podrían practicar nuevamente de una manera u otra en la segunda instancia las pruebas personales ya practicadas en el juicio oral, lo que tiene difícil encaje con nuestro modelo de apelación limitada cuya regulación resultaba aparentemente clara en el anterior artículo 795 LECrim y en el vigente artículo 790.3 del mismo cuerpo legal, dado la denominada “*revisio prioris instantiae*” o apelación limitada ha de

procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador”. SSTC 16/2009, fundamento jurídico 6º.b; 120/2009, fundamento jurídico 6º y 2/2010 fundamento jurídico 3º.

¹⁰⁴ Se citan por nuestro TC las STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia, §§ 46, 47, 52 y 53, en cuanto admite la ausencia de intermediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia, § 29, que admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como -la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable-, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado.

¹⁰⁵ Los casos determinados en los artículos 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECrim.

¹⁰⁶ SSTC 120/2009, fundamento jurídico 6º y 2/2010 fundamento jurídico 3º.

implicar un examen complementario o vinculado a la primera instancia¹⁰⁷, sin perjuicio de que de forma excepcional y tasada, pueda tener cabida la prueba en la alzada. Por lo que la interpretación maximalista de esta doctrina del TC, podría desembocar en una auténtica apelación plena no prevista realmente en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁸.

Y es que al admitirse (pese a la ausencia de previsión legal), la posibilidad de solicitar la práctica de la prueba en la alzada en los términos que se deducen de la doctrina recogida en la STC 167/2002, además de la existencia en la práctica una clara indeterminación sobre cuál sea el ámbito de conocimiento del tribunal de alzada respecto al material probatorio a examinar¹⁰⁹, supondría en opinión de RICHARD GONZALEZ subvertir el sistema de apelación penal implantado en nuestro Derecho Procesal¹¹⁰.

Por último no podemos dejar de comentar que en estos casos pese a la finalidad garantista perseguida, la habilitación de una vista o audiencia en la apelación en la que se acaba sentando nuevamente en el banquillo al acusado que ha resultado absuelto en el juicio oral, con incluso la nueva práctica de los medios probatorios personales ante el Tribunal de apelación, no dejará de poder

¹⁰⁷ *“Lo que en el presente sistema se cuestiona el órgano “ad quem” desde el punto de vista del Juez “a quo” como refiera Prieto Castro “sí debería éste (Juez “a quo”) haber dictado otra y más acertada sentencia en base a los materiales con que contó”, lo que presupone que ambos órganos judiciales se enfrentan a la decisión de las respectivas instancias en una situación prácticamente idéntica, habida cuenta de la correlación existente entre pretensiones y material instructorio en una y otra fase procesal”* SUAÚ MOREY, J. Inmediación y apelación en el proceso penal: jurisprudencia TC y reformas procesales. Bosch, Barcelona. 2010. Pág. 87.

¹⁰⁸ *“Es necesario advertir que una de la antedicha. La referida exigencia de tanta y tan variada prueba en segunda instancia, equivaldría a un novum iudicium que realmente no revisaría el anterior sino que en su mayor parte se trataría de un juicio nuevo”* SUAÚ MOREY, J. Inmediación y apelación en el proceso penal: jurisprudencia TC y reformas procesales. Bosch, Barcelona. 2010. Pág. 86.

¹⁰⁹ Compartimos en cierto modo la visión crítica de RICHARD GONZALEZ, quien a tenor de las directrices expuestas por el TC “no resulta claro si de lo que se trata es de que el Tribunal deba practicar nueva prueba o bien que deba repetirse la ya practicada; o bien si sencillamente es necesario que el Tribunal de alzada debe oír en todo caso al acusado para poder condenarle”. RICHARD GONZÁLEZ, M *Límites para la revisión fáctica en apelación de las sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal: Comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* en Diario La Ley, Nº 7329, 2010. Pág. 3.

¹¹⁰ “el Tribunal Constitucional postula una interpretación de la legalidad que no resulta conforme con los principios que rigen en nuestro derecho procesal, entre los cuales se halla la naturaleza revisora de la apelación. Función de revisión que no es posible según lo postulado por el Tribunal Constitucional, puesto que no tiene sentido que el Tribunal de alzada inmedie aquello que va a revisar, ya que entonces no está revisando, sino juzgando. Nótese que si se repite la prueba, en realidad el tribunal de alzada no está revisando sino juzgando. Es decir, quien en la práctica se habrá suprimido la segunda instancia, ya que ésta se habrá convertido en un segundo juicio en el que se vuelve a repetir todo lo actuado y el Tribunal se pronuncia de nuevo con base en una prueba practicada en directa intermediación. De este modo el tribunal de alzada se pronuncia sobre una prueba que, versando sobre los mismos hechos, será distinta a la practicada en el juicio en primera instancia. En este punto deben traerse a colación las razones en las que tradicionalmente se ha fundado el rechazo a un sistema de apelación plena. A saber, que la existencia de una segunda instancia con nueva práctica de prueba desvaloriza la primera, con la consecuencia que las partes concentran sus esfuerzos en obtener una sentencia favorable del Tribunal de apelación, que realizara en la práctica un nuevo juicio en la alzada”. *Ibidem*, pág. 3.

suponer ante una nueva absolución un claro supuesto de la llamada “*pena de banquillo*”, que indudablemente afecta a aquella persona que por más que ha sido absuelta ya en el juicio de instancia, puede verse sometida a esta suerte de estigmatización social, con las consecuencias que ello puede tener para su imagen pública, para su vida laboral o para su entorno social o familiar además de los consabidos gastos y perjuicios económicos que este “*novum iudicium*” en toda regla le va a suponer.

VII.- LA PROPUESTA REGULADORA DE UNA NUEVA LECRIM: ANTEPROYECTO DE LEY DE 27 DE JULIO DE 2011

El punto de inflexión que ha supuesto la doctrina de la STC 167/2002 con la ruptura de los clásicos esquemas procesales respecto al alcance de la apelación penal, debió conllevar por parte del legislador una respuesta adecuada que eliminase la ausencia de previsión al respecto generadora de una indeseable inseguridad jurídica para las partes en el proceso, lo que no se hizo a lo largo de todos estos años.

Hemos visto que aunque nuestro TC ha mantenido a lo largo de diversas resoluciones que la interpretación en clave constitucional del vigente artículo 790.3 LECrim permitiría secundar la posibilidad de habilitar la correspondiente audiencia en la que con intervención del acusado se pudiese practicar y reproducir las pruebas de carácter personal que en su momento fueron igualmente propuestas y practicadas en el acto de juicio (más allá por tanto de los supuestos específicamente tasados en el precepto que obedecen a motivos totalmente distintos), lo cierto es que el posicionamiento mayoritario de nuestros Tribunales (hoy por hoy, las Audiencias Provinciales, salvo los limitadísimos supuestos de intervención del Juez de Instrucción ante los casos resueltos en primera instancia por el juez de paz) es contrario a realizar esta interpretación extensiva (lo que tampoco es objeto de reprimenda por nuestro TC, dados sus límites competenciales). En la práctica viene a resultar inviable un recurso de apelación frente a una sentencia absolutoria que tenga por argumento el error en la apreciación de las pruebas cuando aquéllas sean de carácter personal.

De todas formas, aún situados en la hipótesis de que un Tribunal de apelación considerase viable la celebración de la audiencia en base a la bendición otorgada por el TC, no cabe duda que la previsión actual de nuestra vigente LECrim resulta absolutamente insuficiente para establecer las reglas de juego que han de cumplirse al objeto de llevar a cabo el cumplimiento de las exigencias constitucionales en orden a la revisión de la valoración de las pruebas personales y la participación del acusado en dicha fase. Además de encontrarnos con inevitables problemas que atañen tanto a

aspectos elementales de nuestra administración de justicia como un aumento de los retrasos judiciales al agravarse el colapso judicial ya existente o una insuficiente cobertura de medios materiales y humanos para permitir la celebración de estas audiencias, se producirán también disfuncionalidades difícilmente resolubles por cuanto que, a priori no existe garantía alguna de que las pruebas que se repitan o reproduzcan (realmente en muchas ocasiones su resultado no sería idéntico al del juicio oral) en la segunda instancia puedan llegar a resultar más fiables, creíbles y veraces que las realizadas ante el Juez a quo. Es más, respecto a quien tuviese que volver a declarar por segunda vez existirán ciertos condicionamientos o circunstancias¹¹¹ que pueden limitar objetiva y subjetivamente esta hipotética segunda intervención.

Planteada la situación, tenemos que realizar una obligada referencia al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de Julio de 2011¹¹². Esta propuesta reguladora, que supone una clara innovación respecto a numerosos aspectos de nuestro tradicional proceso penal, implica en cuanto a la segunda instancia tal y como se establece en el apartado LXXVII de su exposición inicial, otorgar una solución legislativa respecto al problema que nos ocupa dando respuesta a dos cuestiones principales:

La primera, radica en si debe introducirse en nuestro ordenamiento procesal penal un modelo de apelación plena o si ha de mantenerse el sistema tradicional de apelación limitada. Considerándose que “*son mayores los inconvenientes y desventajas del sistema pleno que los derivados del sistema limitada*” pues el primero conduce a que las partes se “*reserven su verdadera estrategia procesal para la segunda instancia, sirviendo el primer enjuiciamiento para tantear o explorar las posibilidades del contrario*”, sin que se garantice un mayor acierto del tribunal de apelación en la apreciación directa de una prueba en la que la dinámica de los testimonios de los intervinientes pierde su espontaneidad¹¹³.

Mantenida la opción del recurso de apelación como *revisio prioris instantiae* y eliminada cualquier posibilidad de instaurar un derecho a un segundo juicio propio de la apelación plena¹¹⁴, se

¹¹¹ Tales como el propio lapso temporal transcurrido, el resultado del primer juicio, el propio conocimiento por el acusado, testigo o perito que deponga en la segunda instancia de las preguntas o aclaraciones que se le efectuaron en el acto de juicio o la exposición de contradicciones en que había incurrido a la hora de exponer su relato.

¹¹² Puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia, acudiendo a la siguiente dirección: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html.

¹¹³ “*tienden a reproducir -o a reconstruir, según sus intereses-, lo narrado en el juicio anterior, dejando de tener como referencia principal su percepción directa de los hechos. La virtualidad del acto del juicio oral como medio de esclarecimiento de la verdad se ve, de este modo, reducida en las dos instancias, en un caso por la omisión de las pruebas relevantes y en el otro por la devaluación de su contenido*”

¹¹⁴ Consideramos que habilitar legalmente tal solución supondría un cambio absoluto en nuestro sistema de apelación con consecuencias impredecibles.

pasa en la exposición del Anteproyecto a mantener que las posibilidades de impugnación en vía de apelación de las sentencias dictadas en los procesos por delito o falta deben ser diferentes en función del carácter absolutorio o condenatorio de su fallo¹¹⁵, considerando como opción legislativa que los acusadores no puedan en ningún caso solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la instancia a la hora de recurrir una sentencia, posibilidad que queda circunscrita únicamente al condenado como *“una nueva manifestación de la esencia del proceso penal como sistema de garantías establecido para la protección del ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado”*¹¹⁶.

Esta apelación “asimétrica” implica que el Ministerio Fiscal y los acusadores sólo pueden interponer el recurso de apelación por infracción de ley¹¹⁷, señalándose tajantemente en el artículo 625.2 del Anteproyecto que en ningún caso podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que el condenado puede además solicitar la revisión de la valoración de la prueba realizada en primera instancia y poner de manifiesto hechos nuevos conocidos con posterioridad a la vista de instancia (artículo 629), limitándose el recibimiento de prueba en la alzada únicamente a la petición del condenado y por unos motivos tasados que en modo alguno desnaturalizan la opción por la apelación limitada¹¹⁸.

Finalmente en cuanto a la regulación de la vista en la segunda instancia el artículo 636 señala como dato innovador respecto a la regulación actual de nuestra LECrim, que deberá de celebrarse cuando el tribunal vaya a resolver en perjuicio del acusado, para lo que habrá de ser citado al objeto de que sea oído personalmente.

VIII.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

¹¹⁵ Posición que en modo alguno contradice el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

¹¹⁶ Sigue el apartado expositivo LXXVII diciendo que resulta “razonable que, desde esta perspectiva, el poder público que aspira a la imposición de la pena tenga una única posibilidad de acreditar la culpabilidad del acusado y que éste, en cambio, pueda someter la condena recaída a una revisión fáctica ulterior”

¹¹⁷ Los artículos 627 y 628 regulan respectivamente los motivos de infracción de ley sustantiva (relativa a la calificación jurídica, la determinación de la pena y la responsabilidad civil) y de ley procesal (quebrantamiento de las normas y garantías procesales que ha causado indefensión y debe determinar la nulidad de la sentencia).

¹¹⁸ El artículo 635 limita la posibilidad de la práctica de prueba a haberse conocido hechos relevantes tras la vista de primera instancia, o que en aquel momento no era conocida la existencia del medio probatorio, fue indebidamente denegada su práctica o no se pudo llevar a cabo.

A la luz de la problemática planteada y la anunciada renovación de la LECRIM, en el marco de un nuevo proceso penal, teniendo en cuenta las premisas y consideraciones consignadas en este informe, creemos conveniente establecer las siguientes propuestas o pautas de actuación:

A) Creemos que no resulta conveniente suprimir el recurso de apelación frente a las sentencias absolutorias¹¹⁹, medida de corte radical y que en cuestiones de política legislativa en todo caso resultaría desacertada al no conciliar o tutelar sobre todo los intereses de los perjudicados u ofendidos por la *notitia criminis* que provocó el proceso penal, aunque a priori no tendría por qué suponer la vulneración de derecho fundamental alguno, siendo tal decisión acorde incluso con las exigencias del PIDCP y del CEDH. La virtualidad de tal medida en el campo que nos ocupa es que eliminaría por completo tanto cualquier riesgo de lesión de las garantías inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías como que con el pretexto de habilitar expresamente la práctica de pruebas personales y audiencia del acusado en la segunda instancia se pueda acudir al indeseado sistema del segundo o nuevo juicio. A estos efectos debe de tenerse presente que conforme ha recordado en diversas ocasiones nuestro TC la presunción de inocencia es exclusivamente un derecho fundamental del acusado, sin que las acusaciones tengan un derecho fundamental - correlativo y de signo contrario- a la culpabilidad o a la presunción de inocencia invertida.

B) Superada la concepción del recurso de apelación como un recurso de *plena cognitio*, se podría limitar la articulación de éste a las cuestiones de derecho, respetándose por tanto el principio de inmediación en cuanto que el hecho probado resultado de la valoración de la prueba practicada en la primera instancia no podría ser alterado. O lo que es lo mismo, reduciendo los motivos del recurso en similar línea a la previsión contemplada en el apartado b)¹²⁰ del artículo 846 bis c) relativo al procedimiento del tribunal del jurado, sin perjuicio claro está de poder denunciar el quebrantamiento de las normas y garantías procesales.

Esta opción es por la que se decanta el Anteproyecto de la nueva LECRIM antes comentado y que consideramos con carácter preferente frente a las demás expuestas en estas conclusiones.

Por otra parte, resulta necesario recordar que la esencia de la doctrina del TEDH tal y como hemos visto en este informe, lleva la exigencia del derecho a un proceso equitativo en relación con la audiencia pública del acusado en la segunda instancia a situaciones que por las circunstancias e intereses en juego no se identifican únicamente con la revisión en la alzada de cuestiones fácticas.

¹¹⁹ Esta opción no es la primera vez que ha sido barajada incluso en anteriores proyectos que no se hicieron realidad

¹²⁰ infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.

Consideramos por tanto plausible el mandato genérico contenido en el artículo 636 del Anteproyecto al establecer que en ningún caso podrá el tribunal de apelación resolver en perjuicio del acusado sin haberle citado para ser oído personalmente en una vista pues de una forma un tanto sucinta se recoge la esencia de la doctrina impuesta por el TEDH.

C) Por último, si finalmente en el iter legislativo de la futura LECRIM se llega a mantener el carácter ordinario del recurso de apelación y la misma configuración que ha tenido desde su implantación en nuestro proceso penal sin establecerse una regulación asimétrica para la acusación y el condenado, resultará necesaria la instauración legal de un mecanismo procesal suficiente que permita salvar todos los problemas procesales y de valoración sobre el fondo que puedan presentarse sobre todo ante una hipotética apelación de una sentencia absolutoria penal, respetando el criterio jurisprudencial que viene establecido por el TEDH y nuestro TC que, como hemos visto, no ha planteado límite alguno (desde el lógico punto de vista de la constitucionalidad) a la posibilidad de practicar o presentar las pruebas personales con arreglo a la inmediatez y la contradicción ante el tribunal de apelación a los efectos de poder revisar éste la valoración realizada en la primera instancia.

Tarea sumamente compleja que, en todo caso, deberá de estar presidida por el principal objetivo de establecer de manera obligatoria la intervención personal del acusado en la vista de la apelación sin perjuicio de establecer las reglas de juego oportunas desde el punto de vista procesal para contar con la práctica de los medios probatorios personales ante el propio Tribunal de apelación de manera que se cumplan las garantías constitucionales básicas dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías¹²¹.

IX. BIBLIOGRAFIA DE INTERÉS.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs. 58-59.

¹²¹ Admitimos que resultará sumamente complejo establecer un cauce y reglas procesales adecuadas por las que se conjuguen la intervención de las partes, la inexcusable presencia del acusado y su declaración o manifestación en los términos que resulten procedentes, la reproducción de las pruebas llevadas a cabo en el juicio oral y la intervención en esta segunda instancia de los testigos y peritos que habían depuesto ante el juzgador a quo, a los exclusivos efectos de cumplir con las garantías y condiciones que exige el TC y el TEDH para revisar (que no valorar ex novo) el criterio del juez o tribunal de primera instancia.

BARREIRO, A.J. Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002), en *Jueces para la democracia*, Nº 48, 2003, págs. 67-80.

BLASCO LOZANO, I. La inmediación del órgano jurisdiccional que condena en vía de recurso en *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº. 15, 2010, págs. 203-223.

CACHÓN VILLAR, P. *La doble instancia penal y el recurso de casación*, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 10, 2006, págs. 13-64.

CALDERÓN CUADRADO, M. P. *La Segunda Instancia Penal*. Navarra. Aranzadi, 2005.
CONTRERAS CEREZO, P.V. Golpe al valor de la grabación audiovisual del juicio oral en la segunda instancia penal, en *Diario La Ley*, Nº 7362, 2010.

CORDÓN MORENO, F. *Las Garantías constitucionales del proceso penal*. Pamplona. Aranzadi, 2002.

DEL POZO PÉREZ, M. La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: [Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008] / Federico Carpi (ed. lit.), Manuel Pascual Ortells Ramos (ed. lit.), Vol. 2, 2008, págs. 235-244.*

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M Algunas consideraciones sobre la reforma del recurso de apelación penal en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2006, págs. 1778-1788.

GIMENO SENDRA, J.V. La inmediación en la 2ª Instancia y las Sentencias arbitrarias de la primera, en *Diario La Ley*, Nº 6876, 2008.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. *El nombre de la "inmediación" en vano*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2003, págs. 1726-1735.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. Una interpretación funcional de la "libre valoración" de las pruebas penales, en *Jueces para la democracia*, Nº 18, 1993, págs. 44-52.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. Sobre la garantía de inmediación: no es lo mismo el cine que le teatro (STC 120/2009), en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 9, 2009, págs. 97-104.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *O novo sistema de recursos no ámbito penal* en *Administración & Cidadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, Vol. 3, Nº. 1, 2008, págs. 91-114.

MAGRO SERVET, V. La grabación de las vistas orales y la corolaria modificación del recurso de apelación en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985 del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 27, 2006, págs. 91-99.

MAGRO SERVET, V. *La grabación de los juicios penales en la reforma de la LECrim por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la actuación del Secretario Judicial en los juicios penales y el principio de inmediación en materia de recursos* en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 67, 2010, pág. 6.

MAGRO SERVET, V (coordinador) y Otros. Posibilidades del tribunal ad quem de revisar la valoración de la prueba civil efectuada por el juez de instancia mediante el visionado del video. Foro abierto, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho* nº 3, junio de 2010, pg. 7. El Derecho Editores.

MAIER, J. B.J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición y composición, en *Jueces para la democracia*, Nº 49, 2004, págs. 13-20.

MUÑOZ CUESTA, F.J. La reproducción de la prueba en el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. ¿Indefensión de las acusaciones cuando el Juez de lo Penal dicta sentencia absolutoria? en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 24/2005.

OLIVA SANTOS, A. DE LA y otros (coordinadores) *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*. Colex. Madrid. 2007.

RICHARD GONZÁLEZ, M Límites para la revisión fáctica en apelación de las sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal: Comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en *Diario La Ley*, Nº 7329, 2010.

RODRÍGUEZ RUBIO, C. Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma. Dykinson, 2008. Madrid.

SUAU MOREY, J. Inmediación y apelación en el proceso penal: jurisprudencia TC y reformas procesales. Bosch, 2010. Barcelona.

TENA ARAGON, M F. *Recursos Penales* en Hacia un nuevo proceso penal. Manuales de Formación Continuada 32-2005. Consejo General del Poder Judicial. 2006. Madrid.

VALLINES GARCÍA, E. Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: estado de la cuestión a la luz del derecho del condenado a la revisión de su sentencia y del principio de inmediación en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N°. 23, 2006, págs. 5-28.

VILLEGAS FERNANDEZ, JM *¿Es la inmediación judicial causa de indefensión para las partes?* en *Actualidad Jurídica Aranzadi* N° 776 págs. 12 a 14.

VV.AA. Constitución y garantías penales. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Año: 2004.

VV.AA. Hacia un nuevo proceso penal. Manuales de Formación Continuada 32-2005. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006.