

DOBLE INSTANCIA PENAL Y JURISDICCIÓN MILITAR: UNA REFORMA PENDIENTE

Juan Pozo Vilches
General consejero togado

Resumen

En el año 2015 se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, implantando, con carácter general, la segunda instancia en el proceso penal. El origen de tan importante reforma se puede encontrar en dos convenios internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y ratificado por España en 1977; y el Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, y ratificado por España en 2009.

No fue un camino rápido y sencillo, sino largo y complicado, en el que tendrá suma importancia la doctrina del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, en el proceso penal militar, y a pesar del tiempo transcurrido, sigue sin implantarse la doble instancia. En el presente trabajo se analizará la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, la regulación del recurso de apelación en dicha Ley, y la propuesta de implantación de la segunda instancia en la jurisdicción militar.

Palabras clave: segunda instancia penal, recurso de apelación, derechos humanos, garantías procesales.

Abstract

In 2015 the Criminal Procedure Act was amended, implementing, in general terms, the second instance in the criminal process.

The origin of this key reform can be found in two international agreements: the International Covenant on Civil and Political Rights, made in New York on 19th December 1966, and ratified by Spain in 1977; and Protocol No. 7 to the European Convention for the Protection of Human Rights Human Rights and Fundamental Freedoms, done at Strasbourg on 22nd November 1984, and ratified by Spain in 2009.

It was not a fast and simple path, but a long and difficult one, in which it was necessary to join together the doctrine of the Constitutional Court, the jurisprudence of the Supreme Court, the opinions of the United Nations Human Rights Committee and the judgments of the European Court of Human Rights.

However, in the military criminal process, despite the long time elapsed, there is still a need to implement the double instance. This paper is aimed to analyze the amendment of the Criminal Procedure Act in 2015, the regulation of the appeal in the aforementioned Act, and a proposal for the implementation of the second instance in the military jurisdiction.

Keywords: second criminal instance, appeal, human rights, procedural guarantees.

SUMARIO

1. Los recursos en el ámbito del proceso penal. 2. El largo camino hasta la generalización de la doble instancia en nuestro derecho procesal penal. 2.1. Situación antes de la reforma LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre. 2.2. La Comunicación 701/1996, de 20 de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Caso Cesáreo Gómez Vázquez c. España. 2.3. La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003. 2.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.5. La sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, del Tribunal Constitucional. 2.6. La modificación LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre. 3. Apelación plena y apelación limitada. 4. La regulación del recurso de apelación en la LECrim. 4.1. Resoluciones recurribles. 4.2. Motivos. 4.2.1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales. 4.2.2. Error en la valoración de la prueba. 4.2.3. Infracción de ley. 5. El proceso penal militar. 6. Propuesta de reforma. 7. Bibliografía.

1. LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

Garberí Llobregat afirma que la existencia de recursos constituye una «garantía» esencial del proceso, ya que a través de los mismos¹:

1. Se pueden combatir los errores del órgano judicial al enjuiciar por primera vez un determinado asunto.
2. Se acrecienta indiscutiblemente el nivel de acierto en la decisión final (principalmente en los recursos devolutivos, ya que el tribunal superior estará técnicamente más preparado para analizar la cuestión).
3. En los recursos devolutivos, se estimula el celo y la diligencia de los jueces que hayan de resolver por vez primera el asunto, al saber que una resolución superficial, infundada o caprichosa, puede ser severamente censurada en vía de recurso por un tribunal superior.

La Constitución de 1978² no recoge entre sus derechos fundamentales el derecho a los recursos. Pero numerosas sentencias del Tribunal Constitucional³ han considerado el derecho a los recursos como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE⁴, o del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE. Así la STC 112/1987, de 2 de julio, expresó que es doctrina reiteradísima de dicho Tribunal que la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma. Y considera esta sentencia que el recurso constituye una «prosecución» del proceso y, al mismo tiempo, una «revisión» del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente.

Si bien es cierto que el derecho a los recursos forma parte de la tutela judicial efectiva, también es cierto que no existe en la CE «ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos

¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J. «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución». *Actualidad Jurídica Aranzadi* 331. 1998.

² En adelante, CE.

³ En adelante, STC.

⁴ Como dice GIMENO SENDRA, el artículo 24.1 CE ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional como auténtico «cajón de sastre» en el que incluir todas aquellas garantías de incidencia procesal que, al menos de forma expresa, no se mencionan entre los derechos del art. 24.2 (GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista Justicia*, n.º 1/1991, p. 15).

determinados recursos» (STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1, dictada por el Pleno; en el mismo sentido la STC 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 3). Como dijo la STC 120/2002, «el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso»⁵.

El sistema de la doble instancia, implantado con carácter general por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶ tras su reforma de 2015, tiene su origen en lo dispuesto en dos instrumentos internacionales:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Este Pacto fue ratificado por España, publicado en el *BOE* de 30-4-1977, y entró en vigor en nuestro país el 27-7-1977. Su artículo 14.5 establece:

«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».

El PIDCP no impone, en realidad, un determinado sistema de doble instancia, sino que exige que en todo proceso penal haya al menos un recurso en favor del condenado para que pueda someter a revisión, ante un tribunal superior, el fallo condenatorio y la pena que le haya sido impuesta⁸.

⁵ Como dice VICENTE BALLESTEROS, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, no constituye una exigencia del derecho fundamental a los recursos que estos existan en un sistema procesal, por lo que es perfectamente viable y compatible con el mismo, la ausencia generalizada de medios de impugnación (STC 3/1983, de 25 de enero). Únicamente admite el Tribunal Constitucional una excepción a esta doctrina general en relación con el proceso penal, y ello no porque la Constitución española prevea dicha excepción sino porque así lo dispone el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como veremos a continuación (VICENTE BALLESTEROS, T. «El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Una visión crítica». *LA LEY Penal* n.º 126, mayo-junio 2017. Editorial Wolters Kluwer 1 de mayo de 2017).

⁶ En adelante, LECrim.

⁷ En adelante, PIDCP.

⁸ SSTC 42/1982, de 5 de julio; 76/1982, de 14 de diciembre; 110/1985, de 8 de octubre; 37/1988, de 3 de marzo; 78/1988, de 27 de abril, 105/2003, de 2 de junio; 116/2006, de 24 de abril; 60/2008, de 26 de mayo; 16/2011, de 28 de febrero; 13/2014, de 30 de enero; 15/2014 de 30 de enero, 55/2015, de 16 de marzo...

- b) El Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁹, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. Este Protocolo fue ratificado por España, publicado en el *BOE* de 15-10-2009, y entró en vigor en nuestro país el 1-12-2009. Su artículo 2.1 dispone lo siguiente:

«Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley».

Ahora bien, el Protocolo recoge una serie de excepciones¹⁰ en su artículo 2.2:

«Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolucón».

Sobre estos convenios internacionales (que, como hemos indicado, pueden considerarse el origen de la generalización de la doble instancia en España), resulta preciso realizar dos puntualizaciones:

- a) Al haber sido ratificados por España, forman parte de nuestro derecho interno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.1 de la CE. Además, conforme el artículo 10.2 de la CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que

⁹ En adelante, el Protocolo al CEDH.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como Convenio de Roma o Convenio Europeo de Derechos Humanos), fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (es decir, al año siguiente de crearse el Consejo de Europa) y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. España ingresó en el Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977, y ratificó el Convenio con fecha 26 de septiembre de 1979. El Convenio será objeto de diversos Protocolos Adicionales y Procedimentales.

La finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Para algunos autores, como MOLINA DEL POZO, este Convenio viene a ser el equivalente europeo del PIDCP de la ONU (citado por LEÓN BASTOS, C. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Madrid, Edit. Reus, 2010, pág. 160).

¹⁰ Excepciones que, por cierto, no contempla el PIDCP.

la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos «y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

- b) En sentido estricto, no incorporan a nuestro ordenamiento jurídico una doble instancia en el proceso penal, sino simplemente la sumisión del conocimiento del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un tribunal superior¹¹.
- c) La posibilidad de acudir a un tribunal superior es un derecho que se atribuye solo al «condenado» (en ambos casos se habla de «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a...»). ¿Esto significa que no puede recurrir la acusación? El tema ha sido objeto de un apasionado debate, sobre todo si la sentencia de instancia ha sido absolutoria, como veremos más adelante¹².

El Anteproyecto de LECrim de 2020 recoge de forma expresa el «derecho a la doble instancia» en su art. 23 en los siguientes términos:

«1. La persona condenada tendrá derecho a recurrir en apelación para obtener de un tribunal superior la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho resueltas en la sentencia de primera instancia que le fueran perjudiciales.

2. No podrá pedirse la revisión cuando la sentencia haya sido dictada tras la conformidad de la persona acusada ni cuando haya sido juzgada en única instancia por el Tribunal Supremo o cuando haya sido declarada culpable y condenada al resolverse un recurso contra su absolución».

¹¹ Y según el ATC 330/1989, de 19 de junio, esta garantía «puede quedar válidamente satisfecha en nuestro derecho, a través del recurso de casación (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 123/1986, de 22 de octubre; 154/1987, de 14 de octubre; ATC 825/1986, de 22 de octubre, entre otras muchas resoluciones)».

¹² RUIZ HERNÁNDEZ advierte que nos hallamos ante un derecho con una clara influencia anglosajona, y en dicho sistema penal, el veredicto absolutorio del jurado no es recurrible por el Ministerio Fiscal; en cambio, en caso de condena, el condenado puede acudir al tribunal superior, compuesto por jueces profesionales, que son los encargados de examinar si se han observado las garantías del proceso debido (RUIZ HERNÁNDEZ, M.E. «La impugnación de sentencias ante el tribunal *ad quem*. La segunda instancia en el derecho penal militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 102. Madrid: julio/diciembre 2014, p. 35).

2. EL LARGO CAMINO HASTA LA GENERALIZACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA EN NUESTRO DERECHO PROCESAL PENAL

2.1. SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA LECRIM POR LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE

Hasta la reforma de la LECrim por Ley 41/2015 solo se podía interponer recurso de apelación contra las siguientes sentencias:

- a) Sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de paz, los juzgados de instrucción y los juzgados de violencia sobre la mujer en procedimientos de juicio de faltas¹³.

Competencia para el conocimiento de la apelación: en el primer caso, los juzgados de instrucción; en los dos restantes, las audiencias provinciales.

- b) Sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de lo penal o el Juzgado Central de lo Penal¹⁴ en procedimientos abreviados¹⁵.

Competencia para el conocimiento de la apelación: audiencias provinciales o Audiencia Nacional.

- c) Sentencias dictadas en primera instancia por los juzgados de lo penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (artículo 795 LECrim).

Competencia para el conocimiento de la apelación: audiencias provinciales.

Esto es, se podía interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los órganos judiciales unipersonales, pero no contra las sentencias dictadas por los órganos judiciales colegiados.

¹³ Hoy día, procedimiento para el juicio sobre delitos leves, tras la modificación de la LECrim por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁴ El Juzgado de lo Penal y el Juzgado Central de lo Penal (dentro del ámbito de la Audiencia Nacional) enjuician delitos cuyas penas de privación de libertad no supere 5 años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de estas no exceda de 10 años (art. 14.3 LECrim). Si excede de 5 años, pero no de 9, también se seguirá el procedimiento abreviado, pero enjuicia la audiencia provincial o la Audiencia Nacional, en su caso.

¹⁵ El artículo 757 LECrim regula el ámbito del procedimiento abreviado: «Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración».

Mención aparte merece el recurso de apelación contra sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la audiencia provincial. Si bien la LECrim lo denomina recurso de apelación (que será resuelto por el Tribunal Superior de Justicia), en cambio poco tiene que ver con un auténtico recurso de apelación, ya que solo se puede interponer por unos motivos tasados, recogidos en el art. 846.bis.c) LECrim, lo que le asemeja más, a pesar de su nombre, no a un tradicional recurso de apelación, sino a un recurso de casación.

En definitiva, y con independencia de lo indicado en el párrafo anterior, existía doble instancia para los delitos de menor gravedad (los castigados con pena privativa de libertad no superior a 5 años, multa o cualquier otra pena que no excediese de 10 años), y en cambio no existía doble instancia para los delitos más graves.

Tal regulación fue objeto de crítica por gran parte de la doctrina, ya que, a su juicio, contravenía lo dispuesto en el PIDCP (y, una vez ratificado por España, también lo establecido en el CEDH). Pero el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, por el contrario, consideraron que nuestro derecho cumplía las exigencias de estos textos a través de los recursos de apelación (en el caso de sentencias dictadas por órganos judiciales unipersonales) y de casación (en el caso de sentencias dictadas por órganos judiciales colegiados).

Así la STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 2, expresa que artículo 14.5 del PIDCP «no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes», pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior, y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento.

Y la STC 37/1988, de 3 de marzo, tras recordar lo expresado en la STC 42/1982, afirma que «la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el artículo 14.5 del Pacto (“...conforme a lo prescrito por la ley”). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación (...); y permite asimismo que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un tribunal superior».

Por su parte, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias (27 de octubre de 1995, 4 de marzo de 1998, 4 de junio de 1998, 23 de

noviembre de 1998, 22 de junio de 1999, 25 de junio de 1999, 1 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000, 26 de abril de 2000, 4 de diciembre de 2000...) ha negado la incompatibilidad de la casación con los términos del PIDCP, al no exigir este último, al menos textualmente, la doble instancia. En general, estas sentencias fundamentan tal postura en que el artículo 14.5 del PIDCP se remite expresamente a lo que disponga la ley («conforme a lo prescrito por la ley»)¹⁶.

En definitiva, hasta principios del año 2000, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo consideraban que nuestro sistema de recursos cumplía lo requerido en el PIDCP¹⁷, a través de los recursos de apelación y de casación.

La amplitud del recurso de apelación se recogía, entre otras, en la STC 120/1999, de 28 de junio, al afirmar (FJ 3) que «nada se ha de 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 (STC 43/1997), pues tanto “por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma” como por lo que se refiere a “la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” el juez *ad quem* se halla “en idéntica situación que el juez *a quo*” (STC 172/1997, fundamento jurídico 4.º; y, asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995) 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*” (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997)». Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional dará un giro radical a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, como veremos en las siguientes páginas.

¹⁶ En estas SSTs solo se hablaba del PIDCP porque el Protocolo al CEDH aún no había sido ratificado por España.

Es de destacar que esa expresión («conforme a lo prescrito por la ley») ha sido objeto de interpretación por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Así, en la Comunicación 1332/2004, caso García Sánchez y González Clares c. España, el Comité precisó que la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» no tiene la intención de dejar la existencia del derecho a la revisión a la discreción de los Estados parte (véanse por ejemplo, las comunicaciones 64/1979, Salgar de Montejó c. Colombia, dictamen de 24 de marzo de 1982; 1073/2002, Terrón c. España, dictamen de 5 de noviembre de 2004; 1211/2003, Luis Oliveró Capellades c. España, dictamen de 11 de julio de 2006). Al contrario, lo que debe entenderse por «conforme a lo prescrito por la ley» son las modalidades de acuerdo con las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse a cabo.

¹⁷ Como hemos indicado anteriormente, no se hablaba del Protocolo n.º 7 al CEDH porque aún no había sido ratificado por España.

Por lo que se refiere al recurso de casación, la importante función revisora que realiza el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, se recoge en la STS, Sala 2.^a, de 28 de julio de 1998: «Se ha repetido numerosas veces en la jurisprudencia, que es función de esta Sala de casación, cuando en tal vía se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia, comprobar si el tribunal sentenciador contó con prueba de cargo suficiente para dictar una resolución condenatoria, si esa prueba se ha obtenido en legítimas condiciones de publicidad, inmediación y contradicción, y sin violentar derechos ni libertades fundamentales, así como cerciorarse de que tal prueba ha sido evaluada por el juzgador de instancia de acuerdo con criterios lógicos y de experiencia».

A este respecto, CONDE-PUMPIDO afirma que la invocación del derecho a la presunción de inocencia permite al tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- una prueba de cargo suficiente;
- una prueba de cargo que haya sido constitucionalmente obtenida;
- una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada,
- una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada.

Y continúa: «Estos cuatro parámetros permiten una amplia revisión del juego probatorio, y en consecuencia el recurso de casación ha ensanchado sus límites, convirtiéndose, prácticamente, en una segunda instancia, al menos en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias»¹⁸.

Como manifestó la STS, Sala 2.^a, de 10 de julio de 2019, citando a la sentencia de la misma Sala de 8 de julio de 2015, el recurso de casación «según viene siendo interpretado, tiene la suficiente holgura y elasticidad como para cubrir, aunque se consiga a costa de flexibilizar la naturaleza de la casación, esa exigencia de los tratados internacionales. Es esta doctrina consolidada tanto en esta Sala (entre otras SSTS 203/2000 de 8 de febrero y 543/2000 de 27 de marzo), como en el Tribunal Constitucional (SSTC 80/1992, de 28 de mayo, 113/1992, de 14 de septiembre, 29/1993, de 25 de enero, 120/1999, de 28 de junio, 80/2003, de 28 de abril o 26/2006 de 16 de enero y Auto 369/1996, de 16 de diciembre)».

Pero, en realidad, el recurso de casación no había sido configurado para que sirviera de segunda instancia. Como apuntan GONZÁLEZ-CUÉ-

¹⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El derecho a la doble instancia penal. Presente y Futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal». Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre Constitución y garantías penales. Madrid: 2003.

LLAR y MARCHENA¹⁹, el retraso del legislador a la hora de hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, ha legitimado un entendimiento de esta vía de impugnación que en poco se ajustaba a su dimensión histórica. Y señalan que son especialmente indicativas de esta concepción las afirmaciones contenidas en numerosos precedentes, en los que puede leerse lo siguiente: «... a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene adscrita una vía que permite al TS la “revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ7)... El Tribunal Supremo... para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional... y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el tribunal de instancia» (STS, Sala 2.^a, de 6 de julio de 2010).

Pero la teoría de que nuestro sistema de recursos cumplía lo requerido en el PIDCP a través de los recursos de apelación y de casación va a cambiar a raíz de la Comunicación²⁰ 701/1996, de 20 de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el caso *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*.

2.2. LA COMUNICACIÓN 701/1996, DE 20 DE JULIO DE 2000, DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. CASO CESÁREO GÓMEZ VÁZQUEZ C. ESPAÑA

En este trascendental dictamen, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que nuestro sistema vulneraba el art 14.5

¹⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas 2015, p. 541.

²⁰ Las denominadas «comunicaciones» son denuncias formuladas con arreglo al Protocolo Facultativo al PIDCP de 16 de diciembre de 1966, presentadas por particulares, que alegan que un Estado parte ha violado sus derechos consagrados en el Pacto.

del PIDCP, dada la imposibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisadas «íntegramente» en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El reclamante había sido condenado en 1992 por la Audiencia Provincial de Toledo a la pena de doce años y un día de reclusión como autor de un delito de asesinato en grado de frustración, por el apuñalamiento de una persona en el aparcamiento de una discoteca. El condenado siempre negó los hechos, alegando que a la hora en que se produjo el apuñalamiento, él se encontraba enfermo en su casa, presentando testigos que corroboraban su versión.

Interpuesto recurso de casación contra la citada sentencia, el condenado pretendió una revisión de las pruebas practicadas en el juicio oral, por entender infringido el derecho a la presunción de inocencia. Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso al considerar que la valoración de la prueba correspondía de modo exclusivo y excluyente al tribunal *a quo* de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 LECrim, y si se aceptase la pretensión del recurrente sería tanto como «desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndole en una segunda instancia».

El interesado acudió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, alegando que la LECrim violaba el artículo 14.5 y el artículo 26 del PIDCP porque los delitos más graves están a cargo de un solo magistrado (juzgado de instrucción), quien, una vez llevadas a cabo las investigaciones pertinentes, si considera que el caso está listo para la vista oral, lo traslada a la audiencia provincial, en la que tres magistrados presiden el juicio y dictan sentencia. Esta decisión solo puede ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas, sin que hubiese posibilidad de que el tribunal de casación volviese a evaluar las pruebas, ya que toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos es definitiva. Por el contrario, los delitos menos graves son investigados por un solo magistrado (juzgado de instrucción) quien, cuando el caso está listo para la vista oral, lo traslada a un único juez *ad quo* (juzgado de lo penal), cuya decisión puede recurrirse ante la audiencia provincial, lo cual garantiza una revisión efectiva no solo de la aplicación de la ley sino también de los hechos.

Esa distinción, alegaba el interesado, además de violar el artículo 14.5 del Pacto, violaba también su artículo 26, al suponer un tratamiento discriminatorio con respecto a las personas condenadas por delitos graves.

En definitiva, según el interesado, dado que el Tribunal Supremo no vuelve a evaluar las pruebas, se produce una violación del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un tribunal superior.

Como hemos indicado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que nuestro sistema vulneraba el art 14.5 del PIDCP, dada la imposibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados «íntegramente» en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En concreto, dice exactamente el citado dictamen:

«En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante, el Comité pone de manifiesto que “al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto”».

Y concluye el Comité:

«De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. “Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”».

El fundamento de este dictamen —y de otros posteriores en la misma línea²¹— se basa en que el tribunal de casación no vuelve a evaluar las

²¹ Dictámenes, entre otros, de 30 de julio de 2003 (Joseph Semey c. España; Comunicación núm. 986/2001); 7 de agosto de 2003 (Sineiro Fernández c. España; Comunicación núm. 1007/2001); 1 de noviembre de 2004 (Alba Cabriada c. España; Comunicación núm. 1101/2002); 29 de marzo de 2005 (Martínez Fernández c. España; Comunicación 1104/2002), 22 de julio de 2005 (Gomariz Valera c. España; Comunicación núm. 1095/2002); 31 de octubre de 2006 (García Sánchez y González Clares c. España; Comunicación 1332/2004).

pruebas del juicio oral, y se limita a revisar los aspectos formales o legales de la sentencia de instancia, esto es, no realiza una «revisión íntegra» de la sentencia. A ello se une el carácter extraordinario del recurso de casación, que solo se puede interponer por los motivos tasados en la ley.

A raíz de este dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con fecha 13 de septiembre de 2000, tras acordar (por mayoría) el carácter vinculante del citado dictamen, reiteró su doctrina anterior: «el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966». No obstante, «con objeto de evitar malos entendidos internacionales», se dirigió a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo «para insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación».

Es de destacar que el interesado, basándose en el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, solicitó al Tribunal Supremo la anulación de la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Toledo. Y la Sala de lo Penal del Supremo, mediante Auto de 14 de diciembre de 2001, acordó no haber lugar a declarar la nulidad interesada por el recurrente, pues, entre otras razones, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no es un órgano jurisdiccional, y, por tanto, sus dictámenes carecen de fuerza obligatoria para los tribunales españoles²². Además, el citado Auto indicaba lo siguiente:

Sin embargo, con el paso del tiempo, el Comité de Derechos Humanos fue suavizando su postura, al pasar de una crítica general al recurso de casación, al examen concreto de cada caso particular, dando lugar a inadmisiones de denuncias en los casos en que ha entendido que la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo satisface el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP. Tal es el caso de los dictámenes, entre otros, de 29 de marzo de 2005 (Parra Corral c. España; Comunicación núm. 1356/2005), 25 de julio de 2005 (Bertelli Gálvez c. España; Comunicación núm. 1389/2005), 25 de julio de 2005 (Cuartero Casado c. España; Comunicación núm. 1399/2005), 28 de octubre de 2005 (Carballo Villar c. España; Comunicación núm. 1059/2002), 25 de marzo de 2013 (Henri Parot c. España; Comunicación núm. 1943/2010).

²² Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)». Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

Como dijo el Auto de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001, el citado Comité no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un tribunal supranacional, si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto, sin que se concrete su cometido, en principio, en formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas.

- Que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/1985 que el recurso de casación cumplía con la exigencia del artículo 14.5 del PIDCP.
- Que desde la STC 42/1982 se ha establecido que esta norma del PIDCP no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación.
- Que la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al recurso de casación se debe entender «de la manera más favorable al acusado». Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia, «ampliando extraordinariamente», respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquéllas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo ello sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas, que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueden, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (artículo 954 LECrim).

La primera vez que el Tribunal Constitucional va a analizar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Cesáreo Gómez va a ser en su sentencia 70/2002, de 13 de abril. Y seguirá el mismo criterio que el Auto del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001, al expresar, además de que los dictámenes del Comité carecen de fuerza vinculante²³, que el recurso de casación cumple las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP:

«El mandato del artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recur-

²³ Y precisa en su FJ 7 que «las “observaciones” del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto».

sos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), “el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo”».

Y añade:

«(...) hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal “cumple en nuestro ordenamiento el papel de ‘tribunal superior’ que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y “en el sentido más favorable para su eficacia” (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2)».

Puntualiza que, conforme a su doctrina, existe una «asimilación funcional» entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena establecido en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación «amplia» de las posibilidades de revisión en sede casacional, y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete «no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio», sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en 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».

Por último, es preciso señalar que, como dijo la STS, Sala 5.^a, de 2 de junio de 2011, el Comité de Derechos Humanos no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un tribunal supranacional (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto, sin que se concrete su cometido, en principio, en formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas. Sin embargo, es trascendente su función de vigilancia en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, por lo que los Estados parte deben tratar de acomodarse a la interpretación que realice del mismo.

2.3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 2003

Ante el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, las opciones que podía adoptar España eran las siguientes:

- a) Su rechazo, en cuyo caso se procedería a la creación de una comisión especial de conciliación, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto.
- b) O aceptar el dictamen, en cuyo caso España disponía de un plazo de 90 días para informar sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité.

Aunque con bastante retraso, España optó por la segunda solución, modificando la LOPJ. Esto es, a pesar del criterio reiterado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de que el recurso de casación cumplía las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP, el legislador español se dispuso a modificar la LOPJ con el objeto de generalizar la doble instancia en todos los procedimientos penales.

En efecto, en el año 2003 se modificó la LOPJ mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Y en el apartado II de su exposición de motivos se expresa lo siguiente:

«En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las salas de lo penal de los tribunales superiores de justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las audiencias provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, “se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la Resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”».

Ahora bien, esta reforma orgánica no era bastante para implantar, con carácter general, la doble instancia en nuestro derecho, si no se llevaba a cabo también una modificación de la LECrim permitiendo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las au-

diencias provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, modificación de la LECrim que aún tardaría doce años en llegar²⁴.

2.4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien es cierto que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, como hemos visto, ha declarado en varias ocasiones que nuestro sistema vulneraba el artículo 14.5 del PIDCP, en cambio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha condenado a España por vulneración del artículo 2.1 del Protocolo al CEDH²⁵. No hay que olvidar que el Protocolo al CEDH admite excepciones (artículo 2.2), mientras que el PIDCP no contempla excepción alguna.

En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha condenado a España en varios asuntos por no respetarse en la segunda instancia lo dispuesto en el artículo 6.1 del CEDH²⁶, según el cual, «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»

Como muy bien afirma MARÍN CASTÁN²⁷, «el artículo 6 CEDH no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates ante el tribu-

²⁴ Y eso que la Disposición Final 2.^a de la Ley Orgánica 19/2003, otorgaba al Gobierno un plazo de un año para remitir a las Cortes «los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley».

²⁵ La explicación, según RUIZ MIGUEL, se debe a los matices introducidos en el protocolo por el CEDH (RUIZ MIGUEL, C. «Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre, 2015, p. 42).

²⁶ Para un estudio completo de las sentencias del TEDH, v. PULIDO ORTEGA, A. «Revisión en casación de pronunciamientos absolutorios». *Cuaderno Práctico* n.º 9, enero-junio 2017. Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

²⁷ MARÍN CASTÁN, F. «Doble instancia penal y jurisdicción militar». *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. I. Madrid: Edit. Aranzadi 2018, p. 960.

Por otra parte es de destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 26 de septiembre de 2016, asunto Hernández Royo c. España, afirma que el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, pero «no regula, sin embargo como tal, la admisibilidad de las pruebas, materia que compete, en primer lugar al derecho interno (Schenk c. Suiza, 12 de julio de 1988, §§ 45-46, serie A no 140, Teixeira de Castro c. Portugal, 9 de junio de 1998, § 34, Compendio de sentencias y decisiones 1998-IV, y Heglas c. República Checa, no 5935/02, § 84, 1 de marzo de

nal de segunda instancia. Sin embargo, cuando este tribunal ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y especialmente cuando ha de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la valoración directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. En tales casos, el nuevo análisis de la culpabilidad del acusado debería conducir a una nueva audición de las partes interesadas».

Ahora ya no se trataba de dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que, como hemos indicado, carecen de fuerza vinculante, sino de sentencias del Tribunal de Estrasburgo²⁸.

Es preciso señalar, siguiendo a MATIA PORTILLA²⁹, el escaso número de sentencias del citado Tribunal que condenan a nuestro país. Frente al centenar de sentencias condenatorias relativas a España, países como Turquía tienen más de 3.000, la Federación Rusa más de 2.000, Italia casi 2.000 y Francia más de 700. Si bien el balance, en términos absolutos, es positivo, lo preocupante es que la inmensa mayoría de las sentencias condenatorias se han producido en este siglo, lo que puede interpretarse de la siguiente forma: o los derechos humanos se vulneran cada vez más, o cada vez se acude con mayor frecuencia al citado Tribunal.

En concreto, España ha sido condenada en quince³⁰ ocasiones por vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales³¹. Y si bien en estas sentencias no se llega a discutir la existencia de una segunda instancia, en cambio abordan una cuestión que ha sido objeto de un gran debate, íntimamente ligada, y que consideramos oportuno abordar en estas pági-

2007). En efecto, la tarea del TEDH consiste en examinar si el procedimiento, incluida la forma de obtención de las pruebas, ha sido justo en su conjunto».

²⁸ No hay que olvidar que, hoy día, el artículo 954 LECrim permite la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

²⁹ MATIA PORTILLA, F.J. «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42. UNED 2018, p. 273.

³⁰ En la fecha en que se escriben estas páginas.

³¹ Concentradas principalmente en los años 2011 y 2013, lo que permite afirmar que nuestros tribunales son cada vez más respetuosos con el Convenio (MATIA PORTILLA, F.J. ob. cit., p. 286.).

nas: la posibilidad de condena en segunda instancia, revocando una previa absolució.

En once de estos quince casos, se trataba de sentencias absolutorias dictadas por el juez de lo penal; interpuesto recurso de apelación, la audiencia provincial dictó sentencia condenatoria (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo y otros c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, asunto Gómez Olmeda c. España; 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España).

En los cuatro restantes, se trataba de sentencias absolutorias dictadas o por la audiencia provincial (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España; y de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris c. España), o por el tribunal superior de justicia (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola c. España) o por la Audiencia Nacional (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España). Interpuesto recurso de casación, en todos estos casos el Tribunal Supremo dictó sentencia condenatoria.

Con carácter general, en la mayoría de estos asuntos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se había violado el artículo 6.1 del Convenio porque el tribunal superior dictó sentencia condenatoria, realizando una nueva valoración de la prueba sin respetar el derecho de inmediación (ya fuera porque no se celebró vista, o porque en la vista no se practicaron pruebas).

En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que no existe violación del artículo 6.1 del Convenio cuando no se ha celebrado vista en la segunda instancia al ser la cuestión debatida predominantemente jurídica, sin modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2016, asunto Pérez Martínez c. España; y de 22 de octubre de 2013, asunto Naranjo Acevedo c. España), o si, a pesar de haberse celebrado vista pública, con práctica de pruebas, los condenados decidieron voluntariamente no intervenir (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos de 20 de septiembre de 2016, asunto Hernández Royo c. España; y de 13 de marzo de 2018, asunto Vilches Coronado c. España).

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando una instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones «sin la valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado, que sostiene que no cometió el acto considerado como una infracción penal» (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004, asunto Dondarini c. San Marino; y de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani c. Suecia). En este tipo de casos, la revisión de la culpabilidad del acusado debería implicar una nueva audiencia integral de las partes interesadas³².

En cambio, si lo que se discute en la apelación o casación es una cuestión estrictamente jurídica, y no fáctica, no se infringe al artículo 6.1 del Convenio si no se celebra vista (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de marzo de 1987, asunto Monnell y Morris c. Reino Unido; y de 22 de febrero de 1984, asunto Sutter c. Suiza).

³² En la STS de 30 de noviembre de 2016 se puede leer lo siguiente: «el TEDH, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, ap. 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, ap. 27; 13 diciembre 2011, Caso Valbuena Redondo contra España, ap. 29; 6 julio 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; y 26 mayo 1988, Ekbatani contra Suecia, ap. 32), lo que en alguna ocasión ha extendido al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los hechos cuestionados (STEDH de 22 noviembre 2011, caso Lacadena Calero contra España, con cita de las sentencias del mismo tribunal Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996; Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988; Igual Coll, de 10 marzo 2009; Marcos Barrios, de 21 septiembre 2010 y García Hernández, de 16 noviembre 2010). Más recientemente, en la STEDH de 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España, el Tribunal europeo recordó que ya había estimado en otras resoluciones que una audiencia se revelaba necesaria cuando la jurisdicción de apelación “efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera” situándose de esta manera más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos, una vista se hacía necesaria para llegar a un fallo sobre la culpabilidad del demandante (ver la sentencia Igual Coll c. España, § 36, 10 de marzo de 2009)».

2.5. LA SENTENCIA 167/2002, DE 18 DE SEPTIEMBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional estimó, en un primer momento, que el recurso de apelación otorgaba plenas facultades al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteasen, sean de hecho o de derecho. Así, la STC 172/1997, de 14 de octubre, consideraba, de acuerdo con reiterada doctrina del citado Tribunal, que «no cabe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia quede vulnerado cuando el tribunal de apelación procede a una nueva valoración de la prueba, sustitutiva de la realizada por el juez *a quo*». Y continúa (FJ 4.º):

«A este respecto debe recordarse que tal posibilidad ha sido repetidamente admitida por este Tribunal, quien ha declarado que “el juez o tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen” (STC 323/1993, FJ 4.º, que cita las SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990). Y ello por cuanto el recurso de apelación “conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo* no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” (SSTC 102/1994, FJ 3.º; 120/1994, FJ 2.º; 272/1994, FJ 2.º; 157/1995, FJ 4.º; y 176/1995, FJ 1.º)».

Por tanto, según esta consolidada doctrina, el tribunal *ad quem* tenía plenas facultades para revocar la sentencia del órgano *a quo*, a pesar de no haberse practicado prueba en la segunda instancia. En consecuencia, podía darse el caso de que en la primera instancia hubiese recaído sentencia absolutoria, y en la segunda instancia se hubiera dictado sentencia condenatoria. Y prueba de ello son las sentencias condenatorias dictadas contra España por parte del Tribunal de Estrasburgo, y que hemos visto en páginas anteriores.

Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional dará un giro radical a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre (reiterada posteriormente en más de un centenar de sentencias: SSTC 15/2007, 29/2007, 142/2007, 258/2007, 21/2009, 24/2009, 49/2009, 30/2010, 127/2010, 107/2011,

135/2011, 142/2011, 80/2013, 88/2013, 120/2013, 157/2013, 184/2013, 195/2013, 205/2013, 105/2014, 191/2014, entre otras muchas).

Según la citada STC 167/2002, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia; de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania; y de 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros contra San Marino), el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente 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», por lo que, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

En definitiva, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público.

Y la sentencia 197/2002, de 28 de octubre, sigue el mismo criterio, al considerar contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en una nueva valoración de la prueba, cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora, como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados.

Por tanto, será necesaria la celebración de vista oral en la segunda instancia cuando el tribunal *ad quem* tenga que revisar la valoración de pruebas personales³³, pues para ello es necesario volver a oír tales testimonios. Y no bastará con la celebración de una vista limitada a reproducir, en la segunda instancia, la grabación del juicio de instancia. A este respecto es de destacar la STC 105/2014, de 23 de junio: el juzgado de lo penal absolvió, pero la audiencia provincial condenó, tras sustituirse el relato

³³ Entendiendo por tales la declaración del acusado, la declaración testifical y las declaraciones en juicio de los peritos.

de hechos probados por uno nuevo asentado en la valoración de pruebas personales que no se practicaron en la vista de apelación (que se limitó a reproducir parte de la grabación del juicio de instancia, en presencia solo de los letrados y el Ministerio Fiscal). El Tribunal Constitucional fue tajante al determinar que la doctrina iniciada por la STC 167/2002 impone, por referencia a los principios de inmediación y contradicción, que la prueba personal se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración, posibilitando su examen directo y personal en un debate público, sin que la sola reproducción de la grabación del juicio oral faculte para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en dicho juicio, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia³⁴.

En cambio, la doctrina estima que no será necesaria la celebración de vista oral cuando el enjuiciamiento quede restringido a la revisión de la valoración de la prueba documental, ni será necesario oír al acusado o a los testigos cuando la controversia se refiera solo a la calificación jurídica de los hechos³⁵. Como dijo la STC 146/2017, de 14 de diciembre, no cabe reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración —como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)—; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en esta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la

³⁴ GIMENO SENDRA critica esta postura, pues si se adoptara, el sistema de apelación limitada que rige en nuestro derecho se convertiría en un sistema de apelación amplia. Y puntualiza: «la función de la inmediación consiste en que el tribunal pueda, a través de los gestos de turbación, sorpresa y análogos, formarse una convicción sobre la veracidad de las declaraciones de los intervinientes en la prueba y esta función puede acometerse mediante una buena reproducción audiovisual de dichas declaraciones, sin que debieran repetirse en la segunda instancia» (ob. cit., p. 18).

³⁵ ALCÁCER GUIRAO, R. «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación». *Revista para el análisis del Derecho*. Enero, 2012, p. 5. CACHÓN VILLAR, P. «La doble instancia penal y el recurso de casación». *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 10. Septiembre 2006, p. 29.

inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Pero es de destacar que «las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derribarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH». En efecto, como muy bien recoge PULIDO ORTEGA³⁶, «esta relectura de su propia jurisprudencia la comienza a realizar el TC en su sentencia 184/2009, de 7 de septiembre, y la finaliza con la STC 88/2013, de 11 de abril». Como se recoge en esta última STC, «...la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan». Y añade:

«Por tanto, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6)».

A la vista de la nueva doctrina constitucional, concluye PULIDO ORTEGA³⁷ que se impone la audiencia directa del acusado por el tribunal *ad quem* antes de resolver, aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias³⁸.

³⁶ PULIDO ORTEGA, A. Ob. cit., p. 29.

³⁷ *Ibidem*, p. 29.

³⁸ Es de destacar que, en cuanto al recurso de casación, según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 «la

2.6. LA MODIFICACIÓN LECRIM POR LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE

En el año 2015 (es decir, 12 años después de la modificación de la LOPJ) por fin se modifica la LECrim y la doble instancia se convierte en una realidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, además de otras modificaciones, añade un nuevo artículo a la LECrim, el 846ter, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente³⁹:

«Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia».

Por tanto, las sentencias de las audiencias provinciales se pueden recurrir en apelación ante los tribunales superiores de justicia. Y las sentencias de la Audiencia Nacional ante la Sala de Apelación de la propia Audiencia Nacional.

Es de destacar que hasta el año 2017 (es decir, 14 años después de la modificación de la LOPJ) no se estableció la infraestructura necesaria para hacer efectiva la segunda instancia penal. En efecto, mediante Real Decreto 229/2017, de 10 de marzo, se crearon dieciséis plazas de magistrados en órganos colegiados «para hacer efectiva la segunda instancia penal»⁴⁰.

Ahora bien, la reforma de 2015 de la LECrim no ha implantado la doble instancia en todos los procedimientos, pues el régimen de los aforados no ha sido modificado. Por tanto, no cabe recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales superiores de

citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley».

³⁹ Esta Ley entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, siendo aplicable a los procedimientos penales incoados con posterioridad a dicha fecha (con independencia de la fecha de comisión del delito), careciendo de incidencia retroactiva sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha.

⁴⁰ Tres en la Audiencia Nacional y trece en diversos tribunales superiores de justicia.

justicia⁴¹ o por el Tribunal Supremo⁴² en relación a las personas aforadas a dichos órganos judiciales. En estos casos, las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia solo son recurribles en casación, y las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo son irrecurribles (salvo que se recurran en amparo ante el Tribunal Constitucional).

Según la doctrina mayoritaria, estas excepciones son compatibles con el artículo 2.2 del Protocolo al CEDH, que permite que la revisión de la sentencia y de la condena se pueda excepcionar «cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional»⁴³. En todo caso, el PIDCP no contempla ninguna excepción, por lo que los casos comentados incumplirían lo previsto en el artículo 14.5 del citado Pacto.

Algunos autores han propuesto la posibilidad de que el sujeto renuncie a su aforamiento, si considera que le puede perjudicar, al impedir la doble instancia. Pero el aforamiento es irrenunciable, ya que se trata de una figura que no protege a la persona, sino a la función.

En definitiva, la fuerza vinculante del PIDCP y del Protocolo al CEDH, al haber sido ratificados por España, han obligado al legislador español a

⁴¹ Según lo dispuesto en el art. 73.3 LOPJ, a las salas de lo penal de los tribunales superiores de justicia les corresponde:

«a) El conocimiento de las causas penales que los estatutos de autonomía reservan al conocimiento de los tribunales superiores de justicia.

b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo (...).».

⁴² Conforme a lo dispuesto en el art. 57.1 de la LOPJ, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

«1.º (...).

2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el presidente del Gobierno, presidentes del Congreso y del Senado, presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, diputados y senadores, vocales del Consejo General del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus salas y de los tribunales superiores de justicia, fiscal general del Estado, fiscales de sala del Tribunal Supremo, presidente y consejeros del Tribunal de Cuentas, presidente y consejeros del Consejo de Estado y defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los estatutos de autonomía.

3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia (...).».

⁴³ Postura discutible, ya que, conforme al art. 70 de la LOPJ, el tribunal superior de justicia de la comunidad autónoma culmina la organización judicial pero solo en el ámbito territorial de dicha comunidad, no a nivel nacional.

modificar la LECrim para dar cabida, con carácter general, a la doble instancia penal⁴⁴.

Ahora bien, la reforma procesal de 2015 no ha tenido reflejo en las leyes procesales militares⁴⁵. Ante esta situación, MARÍN CASTÁN considera que no tiene sentido que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación de la doble instancia⁴⁶. Por su parte, MATAMOROS MARTÍNEZ estima imprescindible y perentorio introducir también en el ámbito de la jurisdicción militar un procedimiento generalizado de apelación contra las sentencias penales, diferenciado del recurso de casación y compatible con este, y determinar los órganos que hayan de conocer de los correspondientes recursos de apelación⁴⁷. Y JALDO RUIZ-CABELLO también considera necesario introducir la doble instancia en la jurisdicción militar⁴⁸.

3. APELACIÓN PLENA Y APELACIÓN LIMITADA

Existen dos modelos clásicos sobre la apelación: la apelación plena y la apelación limitada.

En el modelo de apelación plena se celebra un nuevo juicio, idéntico al primero, sometido a las mismas garantías, en el que se reproduce la totalidad de la prueba ante el órgano superior, y este decide lo que corresponda con plenitud de jurisdicción.

En el modelo de apelación limitada, en su estado puro⁴⁹, se revisa la sentencia sobre la base de lo actuado en la primera instancia, no admitiéndose ni nuevos hechos ni nuevas pruebas.

Estos modelos o sistemas se diferencian:

- En el sistema de apelación plena se permite aportar nuevos hechos o alegaciones a la segunda instancia. En el de apelación limitada, no.

⁴⁴ Si bien no se trata de una generalización plena, al no existir doble instancia en el caso de los aforamientos.

⁴⁵ Según MARÍN CASTÁN, se desconoce si se trata de un simple olvido del legislador u obedece a alguna otra razón de mayor calado (MARÍN CASTÁN, F., ob. cit., p. 963).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 964.

⁴⁷ MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E. «Líneas básicas para una reforma de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar». Ponencia en Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar, febrero 2016. Edición digital en Web: Fiscal.es.

⁴⁸ JALDO RUIZ-CABELLO, J.A. «La doble instancia penal militar: propuestas de lege ferenda». *Derecho Militar y Defensa Nacional*. Granada: 2018, p. 47.

⁴⁹ Ya que puede haber múltiples variantes.

- En el sistema de apelación plena, la segunda instancia se constituye en un nuevo juicio, mientras que en el sistema de apelación limitada, la segunda instancia solo tiene una función controladora del proceso.

El sistema de apelación plena ha sido defendido por gran parte de la doctrina, pues considera que es el modelo que más se aproxima al concepto de justicia material. Parece lógico que si aún no ha finalizado el proceso, se permita a las partes defenderse, aportando hechos o alegaciones que no realizaron en primera instancia.

No obstante, la apelación plena ha sido objeto de importantes críticas:

- Porque la primera instancia se convertiría en un ensayo preliminar, en un trámite formal e inútil.
- Porque la sentencia recaída en la primera instancia sería, en la práctica, una sentencia provisional.
- Porque si se pueden aportar nuevos hechos y alegaciones, el asunto que conociese el tribunal superior no sería el mismo.
- Porque las partes podrían proponer la prueba de forma escalonada; es decir, podrían no presentar en primera instancia un medio de prueba determinante, sabiendo que pueden aportarlo en la segunda instancia, y vencer así a su contrincante (es decir, tener preparada una «prueba en la recámara»)⁵⁰.
- Porque aumentaría la desidia de los jueces de la primera instancia, concedores de que luego habrá un nuevo juicio que será el definitivo.
- Porque las pruebas se pueden devaluar con el paso del tiempo.
- Porque este sistema cargaría de trabajo a los tribunales de justicia, al tener que repetir la vista al menos dos veces.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR y MARCHENA⁵¹ consideran que el modelo de apelación plena conduce a una degradación de valor de la primera instancia, contamina la pureza de las pruebas, pues en la reiteración se conoce el resultado de la practicada con anterioridad, y es antieconómico.

Como dijo la STS, Sala 2.^a, 10 de julio de 2019, el concepto de segunda instancia no es un concepto unívoco sino que admite una diversidad de

⁵⁰ La proposición de prueba «escalonada», propio de la apelación amplia, ha sido criticada acertadamente por GIMENO SENDRA, pues la inmediación judicial aparece fragmentada, a diferencia de la apelación restringida, en el que las partes, con igualdad de armas, han de ser exhaustivas en la aportación de la totalidad del material probatorio en el juicio oral (ob. cit., p. 12).

⁵¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M., ob. cit., p. 536.

significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un *novum iudicium*, es decir como una nueva primera instancia o bien como una *revisio prioris instantiae*, es decir como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia, siendo el legislador quien, en cada momento histórico, ha de optar por la implantación de uno u otro modelo en su respectivo ordenamiento procesal.

La LECrim sigue el modelo de apelación limitada⁵² por las siguientes razones:

- No está previsto que se celebre un nuevo juicio oral similar al primero, con reproducción de todas las pruebas ya practicadas en la instancia⁵³.
- Las facultades del tribunal *ad quem* no son las mismas que el tribunal *a quo*.

Ahora bien, no se trata de un modelo de apelación limitada puro, pues admite parcialmente, y solo en casos justificados, la práctica de determinadas pruebas en la segunda instancia.

El tribunal superior se halla constreñido al examen de la actividad desarrollada por el órgano inferior, de modo que se revisan los hechos, las

⁵² La LECrim, en su redacción originaria, desconocía la doble instancia, salvo para el juicio de faltas. La primera vez que se introdujo el recurso de apelación ante un tribunal superior fue con la Ley 3/1967, de 8 de abril, que creó el denominado procedimiento de urgencia, y posteriormente, aunque no fuera incorporado a la LECrim, la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, creó el procedimiento de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes. En ambos casos, para determinados delitos el mismo juez de instrucción instruía y juzgaba, y contra su sentencia se podía interponer recurso de apelación ante la audiencia provincial. Posteriormente, la trascendental STC 145/1988, de 12 de julio, expresó que la garantía del derecho a un juez imparcial exigía separar las funciones de instrucción y enjuiciamiento, atribuyéndolas a órganos judiciales distintos, por lo que se declaró inconstitucional dicha Ley, dando lugar a que se aprobara la Ley Orgánica 7/1988, creadora de los juzgados de lo penal, de forma que se separaban las funciones de instrucción (que realiza el juez de instrucción), y el enjuiciamiento (que corresponde al juez de lo penal), con posibilidad de interponer recurso de apelación contra sus sentencias ante la audiencia provincial.

⁵³ En realidad, tampoco lo exigen ni el PIDCP, ni el Protocolo al CEDH. A este respecto MARÍN CASTÁN afirma que «para el Comité de Derechos Humanos es suficiente con que el tribunal superior pueda analizar con todo detalle las alegaciones de la persona declarada culpable, abarcando la revisión de los hechos, los elementos de prueba que se presentaron en juicio y se mencionan en la apelación, y el derecho aplicado. Por su parte, el TEDH deja mayor margen de libertad a los Estados para garantizar el derecho al recurso del condenado, pudiendo abarcar la revisión del tribunal superior puntos de hecho y de derecho o limitarse exclusivamente a aspectos jurídicos, pero, sin embargo, determina que la condena en apelación basada en pruebas personales, pese a la absolución en la instancia, exige tanto la inmediación y la contradicción en la actividad probatoria, como la necesidad de oír al afectado en audiencia pública» (MARÍN CASTÁN, F., ob. cit., p. 967).

pruebas y la motivación de manera indirecta. En ningún caso se juzga de nuevo lo juzgado, es decir, no hay un segundo juicio en las mismas condiciones que el primero. Sin embargo, sí se admite la práctica de nueva prueba, si bien limitada a aquellas que no pudieron practicarse por causas independientes de la voluntad de las partes, o fueron indebidamente denegadas en la primera instancia o no se propusieron en su momento por ser de conocimiento sobrevenido.

Expresiva es, a este respecto, la sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2019, que califica de «juicio sobre el juicio» a la apelación, en los términos siguientes:

«En el ámbito de un recurso de apelación contra una sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional debemos interpretarla dentro del modelo de apelación restringida por el que apuesta nuestro legislador, de tal suerte que se convierte en un modelo de apelación como instancia de control que se satisface cuando un segundo tribunal enjuicia la actividad jurisdiccional desarrollada en primera instancia, de modo que, por tener un objeto diferente, no requiere la sustanciación de un nuevo juicio idéntico en procedimiento que el ya sustanciado; no se trata de enjuiciar el hecho conforme al derecho aplicable, sino de efectuar un “juicio sobre el juicio”. La función del órgano que revisa en segunda instancia es distinta de la tarea que implica el enjuiciamiento de los hechos y que conduce a la declaración de culpabilidad y a la imposición de la pena; la posición del juez de segunda instancia ante los hechos y el derecho no es la de quien juzga en primera instancia, pues solo se aproxima a los hechos y a la pretensión acusatoria de forma indirecta».

Y la STS, Sala 2.ª, de 10 de julio de 2019 expresa que el recurso de apelación «no significa que a través de dicho medio de impugnación puedan las partes procesales obtener “una nueva primera instancia”, es decir, la instauración de un nuevo proceso que, cual si se tratara de disponer desde cero de una segunda oportunidad permita a las partes en conflicto reproducir este ante el órgano *ad quem* como si la primera instancia nunca hubiera tenido lugar, repitiendo la práctica de la prueba y pudiendo incorporar novedosas pretensiones u originales medios de ataque y defensa que no emplearon por las razones que fuese, en dicho primer grado jurisdiccional». Esta sentencia reconoce que los dos sistemas (apelación plena y limitada) han experimentado en los últimos años un proceso de acerca-

miento legislativo, de manera que en la actualidad no es fácil encontrarlos en estado puro.

4. LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN LA LECRIM

En previsión de que la futura instauración de la doble instancia en el proceso penal militar se remita, para su regulación, a lo establecido al respecto en la LECrim, con las debidas salvedades, vamos a examinar cómo es esa normativa.

Como hemos indicado en páginas anteriores, la LECrim solo permitía el recurso de apelación contra sentencias de órganos judiciales unipersonales (y contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del tribunal del jurado, en el ámbito de la audiencia provincial, con las observaciones que hemos apuntado). Tras la reforma de la LECrim de 2015, se ha generalizado la doble instancia, aunque aún subsisten excepciones, como son:

- Los aforados.
- El proceso penal militar.

El artículo 846ter, apartado 1, LECrim, añadido por la Ley 41/2015, dispone lo siguiente:

«Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia».

El recurso de apelación se regirá por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 LECrim, si bien las referencias efectuadas a los juzgados de lo penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso (artículo 846ter, apartado 3, LECrim).

Como hemos apuntado anteriormente, nuestro legislador sigue el modelo de apelación limitada, es decir, en la segunda instancia no se repite el juicio ante el tribunal de apelación, y solo se prevé la celebración de vista en el supuesto contemplado en el artículo 791 LECrim, esto es:

Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada.

O cuando, de oficio o a petición de parte, el tribunal estime necesaria su celebración para la correcta formación de una convicción fundada.

En efecto, el escrito de formalización del recurso de apelación debe contener la proposición de los medios de prueba. Y solo se permite la práctica de los siguientes (artículo 790.3 LECrim):

- Las pruebas que no se pudieron proponer en la primera instancia.
- Las pruebas propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que se hubiese formulado en su momento la oportuna protesta.
- Las pruebas admitidas en primera instancia que no fueron practicadas por circunstancias no imputables al recurrente.

Por tanto, no se permite la repetición de pruebas ya practicadas en la instancia. Y ello no supone una infracción del CEDH, pues como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 26 de septiembre de 2016, asunto Hernández Royo c. España, el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo, pero «no regula, sin embargo como tal, la admisibilidad de las pruebas, materia que compete, en primer lugar al derecho interno (Schenk c. Suiza, 12 de julio de 1988, §§ 45-46, serie A n.º 140, Teixeira de Castro c. Portugal, 9 de junio de 1998, § 34, compendio de sentencias y decisiones 1998-IV, y Heglas c. República checa, n.º 5935/02, § 84, 1 de marzo de 2007). En efecto, la tarea del TEDH consiste en examinar si el procedimiento, incluida la forma de obtención de las pruebas, ha sido justo en su conjunto».

Como dice LÓPEZ LÓPEZ⁵⁴, la apelación penal nunca provoca la celebración de un nuevo juicio, desde el momento en que los artículos 791 y 792 LECrim permiten al Tribunal resolver la apelación sin la celebración de vista, y en los casos en que esta se considere necesaria, tampoco pueden practicarse en ella todas las pruebas que se consideren pertinentes para decidir conforme a derecho la cuestión debatida, sino solo aquellas a que se refiere el artículo 790.3 LECrim.

4.1. RESOLUCIONES RECURRIBLES

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 846ter, apartado 1, son recurribles las siguientes resoluciones judiciales: los autos que supongan la

⁵⁴ LÓPEZ, LÓPEZ, A.M. «El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del tribunal superior de justicia». *Diario LA LEY*, n.º 8907, de 24 de enero de 2017. Editorial Wolters Kluwer.

finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las audiencias provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. A efectos de este trabajo, solo nos interesa la impugnación de sentencias.

4.2. MOTIVOS

De la lectura del artículo 790.2 LECrim se desprende que se puede interponer recurso de apelación en base a los siguientes motivos:

- a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales.
- b) Error en la apreciación de las pruebas (en el preámbulo de la Ley 41/2015 consta que se «ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso», respondiendo a las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional).
- c) Infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación (esto es, infracción de ley material).

Vamos a ver cada uno de estos motivos.

4.2.1. Quebrantamiento de las normas y garantías procesales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 790.2 LECrim, segundo párrafo:

«Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación».

El recurso puede fundamentarse tanto en la violación de garantías constitucionales como en la infracción de cualquier disposición procesal.

El artículo 790.2 LECrim exige el cumplimiento de dos extremos:

- Que se citen las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas, y se expresen las razones de la indefensión (que ha de ser real, efectiva y material, y no meramente formal)⁵⁵.
- Que se acredite haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia (salvo que se hubiese cometido en momento en el que fuese ya imposible la reclamación).

El artículo 790 LECrim no establece un listado de motivos concretos en los que incardinar los vicios *in procedendo* e *in iudicando*. Por ello consideramos, conforme a la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado, que los artículos 850 y 851 LECrim y la jurisprudencia emanada de su aplicación, serán una valiosa pauta interpretativa para determinar los supuestos en los que cabe el recurso de apelación.

4.2.2. Error en la valoración de la prueba

Se trata del motivo más polémico, ya que el Tribunal Constitucional, como hemos visto en páginas anteriores, se ha pronunciado en infinidad de ocasiones sobre la valoración de las pruebas personales en segunda instancia y la exigencia de audiencia al encausado, sobre todo cuando la sentencia recaída en instancia es absolutoria y se pretende condenar, o incluso cuando la sentencia de instancia es condenatoria y se pretende agravar la pena en la apelación.

Hay que distinguir dos supuestos:

a) Que la sentencia recaída en primera instancia sea absolutoria o condenatoria, y se interponga recurso de apelación por la acusación

La reforma podía haber optado por suprimir los recursos contra las sentencias absolutorias por error en la valoración de la prueba. De hecho, el anteproyecto de LECrim de 2011 adoptó esta solución al establecer en el artículo 625 lo siguiente:

«1. El Ministerio Fiscal y las acusaciones solo podrán interponer recurso de apelación por motivos de infracción de ley.

2. En ningún caso, los acusadores podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia».

⁵⁵ HURTADO ADRIÁN, A.L. «Apelación de sentencias (con mayor atención) absolutorias». *Diario La Ley*, n.º 9638. Editorial Wolters Kluwer 22 de mayo de 2020.

Tal posibilidad sería acorde con lo dispuesto en el artículo 14.5 del PIDCP y en el artículo 2.1 del Protocolo al CEDH, pues según estos preceptos, solo puede interponer recurso de apelación el «culpable» (esto es, el condenado), pero omite cualquier referencia a la parte acusadora⁵⁶.

Por tanto, algunos autores estiman que no se debe permitir a las partes acusadoras interponer recurso de apelación por error en la valoración de la prueba, sino únicamente por infracción de ley o quebrantamiento de forma⁵⁷.

Pero al final, el legislador español no optó por esta solución en la reforma de 2015, y hoy día la acusación también puede interponer recurso de apelación por error en la valoración de la prueba aunque la sentencia sea absolutoria⁵⁸. Ahora bien, se le exige unos requisitos determinados. Así, el párrafo tercero del artículo 790.2 LECrim establece lo siguiente:

«Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada».

Por tanto, si la sentencia de la primera instancia es absolutoria (o incluso condenatoria, pero la acusación pretende un agravamiento de la condena), y se considera que ha habido «error en la valoración de la prueba», la

⁵⁶ El artículo 14.5 del PIDCP dispone que «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior».

Y el artículo 2.1 del Protocolo al CEDH establece que «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior».

⁵⁷ En contra, GIMENO SENDRA, pues considera que junto a la acusación del Ministerio Fiscal, existe, en nuestro sistema procesal, la acusación popular y, sobre todo, la particular del ofendido, a quien le corresponde el derecho a la tutela en la defensa de sus derechos e intereses legítimos y quien puede acumular su acción civil al proceso penal, debiéndosele reconocer su derecho a la impugnación de la sentencia también por error de hecho, cuando estime que se le ha privado de su derecho al resarcimiento por una indebida declaración de la extinción de la acción penal (GIMENO SENDRA, V. «El nuevo recurso de apelación ante los T.S.J. y A.N.». *Diario La Ley*, n.º 8988, Sección Doctrina. 26 de mayo de 2017, p. 116).

⁵⁸ Si no se permitiese, se estaría infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras (SSTC 285/2005 y 201/2012).

acusación deberá justificar alguno de los supuestos que menciona el 790.2 LECrim:

- La insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica.
- El apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia.
- O la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Por tanto, en el escrito de interposición del recurso se deberá mencionar y justificar uno de estos supuestos, sin que sea bastante una mención genérica.

Ahora bien, si se estima el recurso por este motivo, ¿puede el tribunal *ad quem* dictar sentencia imponiendo la pena solicitada por la acusación? La respuesta ha de ser negativa. En estos casos, el tribunal *ad quem* debe anular la sentencia del tribunal *a quo*, y devolver las actuaciones a dicho órgano. Así se recoge en el artículo 792.2 LECrim en los siguientes términos:

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

Y el artículo 790.2 LECrim dispone:

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

La prohibición absoluta de la *reformatio in peius*, contenida en el artículo 792.2 LECrim, encuentra su fundamento en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la valoración de las pruebas de carácter personal⁵⁹.

Por tanto, el tribunal *ad quem* puede anular la sentencia de la primera instancia y devolver las actuaciones al tribunal *a quo*. Y en tal caso, no siempre será necesaria la repetición del juicio oral; y si es necesaria esa

⁵⁹ GIMENO SENDRA, V. Ob. cit., p. 11.

repetición, puede realizarse con la misma o con diferente composición del tribunal *a quo*. Será precisa una nueva composición cuando «el tribunal esté tan contaminado por el caso y tan predeterminado por las circunstancias que lo rodean, que (...) no cumple con las condiciones de imparcialidad ni cuenta con el distanciamiento de los hechos probatorios necesario para dictar una (...) sentencia con arreglo a los cánones de razonabilidad que impone el art. 24.1 CE» (STS, Sala 2.^a, de 20 de marzo de 2015).

En definitiva, el tribunal *ad quem* no puede condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia, ni puede agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta, en el caso de que se estime que ha existido error en la apreciación de la prueba. El tribunal *ad quem* solo puede anular la sentencia del tribunal *a quo* y decretar:

- O que se celebre de nuevo el juicio (con el mismo tribunal de la primera instancia o con uno nuevo)⁶⁰.
- O que se dicte nueva sentencia por el mismo tribunal de la primera instancia⁶¹.

Como dice Magro Servet, «si recurre la absolución el Ministerio Fiscal o la acusación particular, no se puede revocar la absolución para condenar»⁶².

Si se permitiera al tribunal *ad quem* condenar después de una sentencia absolutoria (o incrementar la pena, en caso de sentencia condenatoria), ello obligaría, conforme a los artículos 14.5 del PIDCP, a una nueva revisión del fallo condenatorio y la pena ante otro tribunal superior, dando lugar a una *tercera instancia*. Por tal motivo, la solución elegida por la LECrim resulta acertada.

b) Que la sentencia recaída en primera instancia sea condenatoria, y se interponga recurso de apelación por el condenado

⁶⁰ Parece lógico que se celebre un nuevo juicio con otros magistrados si se anula la sentencia por considerarse irracionales las inferencias del tribunal *a quo*, ya que el riesgo de reiteración del fallo es evidente. Ahora bien, se ha de ser consciente que tal solución producirá dilaciones. A este respecto, la STS de 14 de septiembre de 2016 expresa que las exigencias del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas «obliga a llegar a soluciones de nulidad –que siempre comportan retrasos– solo cuando sea ineludible esa respuesta».

⁶¹ Lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando la causa de la anulación sea la omisión de razonamientos sobre pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

⁶² MAGRO SERVET, V. «Las sentencias absolutorias no pueden revocarse para condenar, solo anularse (a raíz de la reforma de los arts. 790 y 792 LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre)». *LA LEY Penal* n.º 121. Editorial Wolters Kluwer julio-agosto 2016.

En estos casos, el condenado podrá alegar en el recurso, *sin limitación alguna*, cualquier discrepancia con respecto a la valoración de la prueba, y reclamar su revisión para que se sopesen:

- si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia,
- si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida,
- si ha sido legalmente practicada,
- si ha sido racionalmente valorada
- y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia.

Si se determina que la prueba viciada constituía el fundamento de la condena, el tribunal *ad quem* procederá a dictar sentencia absolutoria. Esto es, el tribunal *ad quem* puede sustituir la valoración de la prueba realizada por el tribunal *a quo*, sin estar sujeto al principio de inmediación.

Como dice la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado, «en los recursos contra sentencias condenatorias promoviendo la absolución o la reducción de la condena, el condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas. El tribunal *ad quem* por su parte, puede sustituir la valoración de la prueba realizada por el tribunal *a quo* sin estar sujeto al principio de inmediación».

4.2.3. Infracción de ley

La utilización de esta vía exige el más riguroso respeto a los hechos que se han declarado probados.

Cuando la impugnación verse sobre cuestiones estrictamente jurídicas, respetando el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el tribunal *ad quem* podrá, o confirmar la sentencia de instancia, o revocarla en cualquier sentido (ya sea para mejorar o para empeorar la situación del acusado). Por tanto, el tribunal *ad quem* podrá dictar sentencia condenando al inicialmente absuelto, o agravar la pena impuesta en la instancia.

El motivo debe referirse a infracción de normas sustantivas. La infracción de normas procesales debe articularse por medio del motivo referido a quebrantamiento de forma.

La infracción de ley puede ser por aplicación indebida, aplicación errónea o por inaplicación de la norma.

Alguna audiencia provincial considera necesario oír al encausado en la segunda instancia, si se trata de revocar una sentencia absolutoria debido a una calificación jurídica distinta, sin modificación de los hechos probados. En este sentido se pronunció la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de marzo de 2016.

Pero este no es el criterio del Tribunal Constitucional. Así, la STC 45/2011, de 11 de abril, declara expresamente que «cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado». En el mismo sentido pueden citarse las SSTC 143/2005, de 6 de junio, y 2/2013, de 14 de enero.

Igual postura sigue el Tribunal Supremo. Así, la STS, Sala 2.^a, de 18 de enero de 2017, con cita de otras muchas, señala que no existe obstáculo en «sustituir un pronunciamiento absolutorio por uno de condena, siempre que fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado en la instancia...». En idéntico sentido, SSTC, de la misma Sala, de 6 de octubre de 2014 y 7 de junio de 2017.

Por tanto, cuando la impugnación se base en la infracción de un precepto penal sustantivo, el tribunal *ad quem* podrá revocar la sentencia de la primera instancia (aunque sea absolutoria) y dictar la sentencia condenatoria (o, en su caso, agravar la condena impuesta en la instancia).

Pero en ocasiones, ante sentencias absolutorias de la instancia, el tribunal *ad quem* ha condenado, con modificación de los hechos probados, por estimar la concurrencia de elementos subjetivos del tipo, amparándose en que el objeto del debate era una cuestión estrictamente jurídica. Frente a ello se ha opuesto radicalmente nuestro Tribunal Constitucional, pues estos casos no son, en realidad, cuestiones estrictamente jurídicas, sino que afectan a los hechos⁶³.

Representativa a estos efectos es la STC 78/2019, de 3 de junio. El juzgado de lo penal absolvió a varios individuos del delito contra la salud pública al estimar la concurrencia de error invencible de prohibición; en cambio, la audiencia provincial los condenó, al considerar que el error era vencible, sin que se celebre vista, ya que la audiencia estimó que se

⁶³ Véase las SSTC 189/2003, 267/2005, 137/2007, 36/2008, 142/2011, entre otras.

trataba de una cuestión de mera subsunción de los hechos probados en el tipo penal que no requería la alteración de los mismos. El Tribunal Constitucional, tras hacer referencia a la doctrina constitucional consolidada y a numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expresó lo siguiente (FJ 6):

«La tesis expresada en la sentencia de la audiencia provincial objeto de impugnación de que la revisión de la absolución no requería la previa audiencia de los acusados porque se trataba de una cuestión de mera subsunción jurídica es incompatible con la doctrina constitucional citada, que al considerar integrados los elementos subjetivos del delito en la vertiente fáctica del juicio determina que su inferencia judicial deba respetar la garantía de la inmediación en la valoración de las pruebas personales e ir precedida en todo caso de la audiencia personal de los acusados».

O como afirmó la STC 172/2019, de 16 de diciembre, «[...] las cuestiones fácticas exigen audiencia para la decisión sobre si concurre un elemento subjetivo y solo las cuestiones jurídicas, singularmente decidir la calificación de unos hechos una vez fijada su existencia, pueden abordarse en fase de recurso sin audiencia del acusado. De esta manera, como afirma la recurrente y el Ministerio Fiscal, la apreciación de la tipicidad de la conducta de la acusada y, en particular, el elemento subjetivo del dolo, no podía ser resuelto en rigurosos términos de calificación jurídica, requiriendo la audiencia de la acusada».

5. EL PROCESO PENAL MILITAR

En España, el proceso penal militar es un proceso en única instancia, pues contra las sentencias y autos de sobreseimiento libre de los tribunales militares (ya sea el Tribunal Militar Central o los tribunales militares territoriales) solo se puede interponer recurso de casación ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo. La Ley Orgánica Procesal Militar⁶⁴ no contempla el recurso de apelación contra las sentencias penales por delito⁶⁵, lo que debería ser objeto de reforma, como ya hemos indicado anteriormente.

⁶⁴ En adelante, LPM.

⁶⁵ Solo contempla el recurso de apelación contra sentencias dictadas en el procedimiento por faltas penales comunes (arts. 425 a 431 LPM), que hoy día se encuentra completamente obsoleto, al haber desaparecido las faltas comunes del Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.

Ya al poco tiempo de pronunciarse el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el caso Cesáreo Gómez Vázquez, la Sala 5.^a tuvo la oportunidad de abordar la doble instancia en el ámbito del proceso penal militar, en Auto de 9 de julio de 2001, expresando que «debe tenerse en cuenta el contenido de una nutrida jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre esta materia, reiterando que la regulación de la casación penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/1982, 76/1982, 61/1983, 51/1985, 88/1985, 110/1985, 140/1985, 7/1986, 57/1986, 58/1987, 79/1987, 154/1987, 37/1988, 20/1989), aunque también reconoce –en alguna de estas sentencias y en otras posteriores– la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/1985, 79/1987, 154/1987, 6/1989, 157/1989, 50/1990 y 160/1993)».

Mediante Auto de 17 de junio de 2004, volvió a pronunciarse la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, si bien en este caso se daba la particularidad de que el legislador español ya había empezado el largo camino para generalizar la doble instancia, con la modificación en 2003 de la LOPJ (y que, como hemos visto, se trataba de una simple reforma orgánica, pero sin eficacia práctica, al no haberse modificado también la LECrim). Y la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, además de recordar lo expuesto en su Auto de 9 de julio de 2001, y que la modificación de la LOPJ no se ha extendido al ámbito de la jurisdicción militar (a cuyo efecto se hubiera requerido reformar la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁶⁶ y la Ley Orgánica Procesal Militar), reiteró la doctrina según la cual el recurso de casación, tras la vigencia de la Constitución, no quedó ya anclado en el rígido formalismo de su regulación precedente en el ámbito penal, al adoptarse, en la forma que luego precisaría el artículo 5.4 de la LOPJ, una amplia expectativa a la revisión en sede casacional, basada en la posibilidad de analizar la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y, fundamentalmente, promoviendo la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y el examen de la exigencia de la necesidad de motivar, suficientemente, los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano de instancia a adoptar y dictar una determinada resolución.

Y una vez modificada la LECrim en 2015, implantando, de forma generalizada, la doble instancia, también ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala 5.^a ante las alegaciones de los recurrentes de vulneración de

⁶⁶ En adelante, LOCOJM.

derechos fundamentales (artículos 325 LPM, 852 LECrim y 5.4 LOPJ), al no haberse observado el derecho a la doble instancia penal, con infracción del artículo 14.5 del PIDCP, en relación con los artículos 10.2 y 96.1 CE.

En la reciente STS, Sala 5.^a, de 16 de diciembre de 2020⁶⁷, con cita de muchas otras, se contiene la doctrina consolidada de la Sala al respecto:

«La cuestión referida a la imprevisión de la doble instancia en la jurisdicción castrense y su posible incidencia en la tutela judicial efectiva ha sido abordada por esta Sala en reiteradas ocasiones. Así, en Sentencia de 18 de junio de 2019 (procedimiento 16/2019, sentencia 77/2019), concretamente en su Fundamento de Derecho Primero, se indicaba:

“1. (...) El primer reproche casacional se fundamenta en la pretendida vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), derivada de la imposibilidad legal de haber interpuesto recurso de apelación frente a referida sentencia, con objeto de que se examinara en la segunda instancia el posible error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el tribunal sentenciador. De la inexistencia de esta posibilidad recursiva no prevista en el ámbito penal militar, deduce el recurrente haber experimentado indefensión que en el desarrollo del motivo sitúa en la falta de concreción sentencial, respecto del tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos procesales, así como por haberse basado la condena en hechos diferentes a los establecidos por la acusación.

2.- Ciertamente la Ley 41/2015, de 5 de octubre, modificó la LE-Crim, entre otros extremos, en la implantación generalizada de la doble instancia penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin contener previsión alguna respecto del orden penal castrense, ni haberse modificado al día de hoy la legislación procesal militar reguladora de la materia de que se trata.

Esta sala ya se ha pronunciado sobre dicho vacío legal y el incumplimiento que la omisión representa de obligaciones contraídas por España a nivel internacional, con clara referencia a lo previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (ratificado por Espa-

⁶⁷ Ponente: Excmo. Sr. Fernández Rodera.

ña el 13 de abril de 1977); si bien hemos dicho que esta imprevisión no debe ser causa de indefensión para quien resulta condenado en la instancia, porque el recurso de casación ampliamente entendido, como viene haciendo esta sala, permite el examen no solo de las cuestiones de derecho, sino también de la prueba practicada en la instancia, esto es, su misma existencia y suficiencia, la obtención y práctica conforme a derecho y su valoración razonable, de manera que a través del recurso de casación penal en que se invoque vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a obtener la tutela judicial efectiva, es posible la revisión íntegra de la sentencia condenatoria también en cuanto a la culpabilidad y participación en los hechos del recurrente (nuestras sentencias 5 de abril de 2017; 11 de mayo de 2017 y 4/2019, de 24 de enero, entre otras; del Tribunal Constitucional 60/2008, de 26 de mayo, por todas, y de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo 207/2015, de 15 de abril; 346/2018, de 11 de julio, y recientemente 192/2019, de 9 de abril)».

Este criterio ha tenido continuidad en sentencias de este Tribunal, entre otras, de 5 de marzo y 7 de julio de 2020, pero también la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, en términos predicables, *mutatis mutandis*, al orden jurisdiccional militar (sentencia de 14 de octubre de 2020, recurso 10.575/18, Sentencia 507/20)».

A continuación, la sentencia reproduce lo expuesto en el apartado 59 de los Fundamentos de Derecho de la famosa STS, Sala 2.^a, de 14 de octubre de 2020 (Recurso núm. 10575/2018)⁶⁸.

⁶⁸ «59.- El motivo décimo séptimo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim en relación con el art. 21.7.^a CP por concurrir una circunstancia de análoga significación no apreciada por el tribunal: dilaciones indebidas en el poder legislativo que han comportado un desarrollo tardío en el fortalecimiento de las garantías procesales inherentes al recurso de apelación penal y con ello el recurrente no ha tenido derecho a la doble instancia penal que en este caso le hubiera correspondido a la sala de apelación de la Audiencia Nacional.

Insiste el recurrente en que si el Poder Ejecutivo y Legislativo hubieran cumplido las exigencias con el programa garantista al que venía obligado por los acuerdos internacionales que vinculan a España y que se reafirmó –o si se prefiere renovó– con la Ley de Reforma de 2003 de la LOPJ tendría derecho a la apelación; a la segunda instancia penal. Alega que se le ha privado del derecho a la segunda instancia (al recurso de apelación penal) por las dilaciones indebidas del poder legislativo (y ejecutivo). Si se hubiera creado la Sala de apelación de la Audiencia Nacional en el tiempo que estaba previsto en la Ley del año 2003, cuando se incoó este procedimiento el 6-8-2008, habría estado vigente la doble instancia penal. Sin embargo, se ha tardado doce años en poner en marcha la Sala de apelación de la Audiencia Nacional.

El motivo se desestima porque parte de una premisa errónea cual es que el recurso de casación, antes de la reforma Ley 41/2015, de 5 de octubre, no cumple las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) respecto de la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y de la pena por un tribunal superior, cuando esta cuestión ya ha sido resuelta en sentido afirmativo. Así hemos dicho al respecto en SSTs 470/2015, de 7 de julio y 346/2018, de 11 de julio, que la cuestión sobre si, tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000, puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple con las exigencias declaradas en el artículo 14.5 del PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por el Tribunal Constitucional sentencias, entre otras, 170/2002 de 3 de abril, FJ 7, 80/2003 de 28 de abril FJ2, 105/2003 de 2 de junio FJ 2, 123/2005 FJ6, y por el TS (408/2004 de 24.3, 121/2006 de 7.2, 741/2007 de 27.7, 893/2007 de 31.10, 918/2007 de 16.11, entre las más recientes).

Finalmente, en cuanto a su vulneración denunciada, el Tribunal Supremo en SS. 1860/2000 de 4.12, 2194/2001 de 19.11, 1305/2002 de 13.7 se ha pronunciado ante dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior puede ser interpretada con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el tribunal de instancia.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

En resumen, como ha declarado la STC de 8 de mayo de 2006 FJ: hay que aclarar que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que solo permite revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en virtud del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurso de casación podía interponerse en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del artículo 24.2 de la Constitución Española (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia) es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como en suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el juzgador de

El gran problema a la hora de implantar la doble instancia en el proceso penal militar es el complejo régimen de aforamientos que existe en

instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las instancias jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ7).

Por último, es de interés destacar dos cuestiones:

1.º) Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Loewengestin y Derriros*, que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el artículo 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2.º) Que posteriormente se han producido varias decisiones de inadmisión de comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo español en un recurso de casación. Así la Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 Parra Corral c. España, 4.3) en la que se señala que “la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena”. Igualmente, la Decisión de 25 de julio de 2005 (Comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4), que destaca que “con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que este examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual”. Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que “en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien este declaró que –la evaluación de las pruebas compete al tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo–, si examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque –hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés–”. Y, por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) al afirmar que “con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que este examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la audiencia provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél”, por lo que considera que la queja “no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad” y la declara inadmisibile.

En sentido similar STS 966/2010, de 20-10; 742/2009, de 30-6; 480/2009, de 22-5.

la Jurisdicción Militar, por razón del empleo o función, lo que dificulta la articulación de una segunda instancia. En concreto, podemos encontrar el siguiente personal aforado, bien al Tribunal Supremo, bien al Tribunal Militar Central:

- a) Corresponde a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos que sean de la competencia de la Jurisdicción Militar, contra los capitanes generales, generales de ejército, almirantes generales y generales del Aire, tenientes generales y almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, fiscal togado, fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y fiscal del Tribunal Militar Central.
- b) La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá de los procedimientos que siendo de la competencia de la Jurisdicción Militar y no estando atribuidos a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se instruyan por delito cometido en cualquier lugar del territorio nacional, o fuera de este, cuando los inculcados, o el más caracterizado, siendo varios en un mismo procedimiento, ostenten alguna de las siguientes cualidades o circunstancias:
 - Militares con empleo igual o superior a comandante o capitán de corbeta y sus asimilados cualquiera que sea su situación militar siempre que no hubieran sido condenados a pérdida de empleo o sancionados con separación del servicio.
 - Poseedores de la Cruz Laureada de San Fernando con carácter individual.
 - Autoridades y funcionarios civiles, de todo orden, que no teniendo fuero personal reservado al Tribunal Supremo gozasen de aforamiento personal especial en la jurisdicción ordinaria.
 - Auditor presidente y vocales de los tribunales territoriales, jueces togados militares, fiscales y secretarios relatores.

Ni las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo ni las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central pueden ser objeto de apelación, por lo siguiente:

- Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo no pueden ser objeto de apelación al no existir un tribunal superior⁶⁹.

Consecuentemente no puede mantenerse que el recurrente ha sido privado del derecho a la doble instancia o derecho al recurso cuando ha articulado este con 19 motivos lo que confirma las amplias posibilidades de revisión de esta Sala casacional».

⁶⁹ Algún autor ha apuntado la idea de que, incluso estas sentencias, tienen la posibilidad de una «segunda instancia» a través del recurso de amparo ante el Tribunal

- Las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central solo pueden ser objeto de recurso de casación.

Y el problema se agrava en el caso de delitos conexos, pues puede ocurrir que un no aforado, por razón de conexidad, pueda ser enjuiciado directamente por el Tribunal Supremo, sin ni siquiera tener la posibilidad de interponer recurso de apelación y de casación.

6. PROPUESTA DE REFORMA

Son muy diversas las fórmulas que pueden adoptarse en la configuración de la doble instancia en el proceso penal militar⁷⁰. Probablemente, la fórmula más sencilla consistiría en lo siguiente:

- Implantar el recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados por los tribunales militares territoriales y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.
- Crear una Sala de Apelación en el Tribunal Militar Central, distinta de la Sala de Justicia, para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias y autos definitivos dictados por los tribunales militares territoriales y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central.
- Esta Sala de Apelación estaría compuesta por un auditor presidente (que tendría el empleo de general consejero togado), un vocal togado (que tendría el empleo de general auditor) y un vocal militar⁷¹ (que tendría el empleo de general de brigada o contralmirante).
- El auditor presidente y el vocal togado de la Sala de Apelación ejercerían sus funciones con carácter exclusivo, sin intervención en la Sala de Justicia.

Constitucional. Ahora bien, eso sería utilizar el recurso de amparo para una finalidad que no fue para la que se creó.

⁷⁰ Para un completo estudio sobre el particular, véanse MARÍN CASTÁN, F. (ob. cit., pp. 980 y ss.), MATAMOROS MARTINEZ, R. (ob. cit. Web: Fiscal.es.), EGIDO TRILLO-FIGUEROA, B.J. («La doble instancia penal en la jurisdicción militar. Ideas para la Reforma». IV Jornadas de expertos de la Fiscalía Jurídico Militar. Madrid: Centro Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2009), JALDO RUIZ-CABELLO, J.A. (ob. cit., pp. 66 y ss.), y RUIZ HERNÁNDEZ (ob. cit., p. 66).

⁷¹ Designado en la forma que establece el artículo 39 LOCOJM, y que deberá pertenecer: al Cuerpo General de las Armas, en el Ejército de Tierra; al Cuerpo General o al de Infantería de Marina, en la Armada; al Cuerpo General en el Ejército del Aire; o a la Guardia Civil.

- En cuanto a la regulación de los motivos de impugnación y la tramitación del recurso de apelación, la LPM se remitiría a lo dispuesto en los artículos 790 a 792 LECrim, con las debidas adaptaciones.
- Contra la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Militar Central, se podría interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 847.1.a) LECrim, así como por infracción de precepto constitucional (artículo 852 LECrim), ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

Problemas que plantea esta propuesta:

- a) En las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre sus aforados, no sería posible la doble instancia. Pero ello no supondría problema alguno, al menos bajo la óptica del Protocolo al CEDH, ya que este, tras expresar que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior (artículo 2.1), en su artículo 2.2 establece que este derecho podrá ser objeto de excepciones «cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional».

No obstante, es preciso resaltar que el PIDCP, a diferencia del Protocolo al CEDH, no admite excepción alguna, y todo condenado tiene derecho a que su sentencia y su condena sean revisadas por un tribunal superior.

En todo caso, conservar los aforamientos ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo no debería causar graves distorsiones en el sistema, pues en la jurisdicción ordinaria se siguen manteniendo, a pesar de que en estos casos también resulta imposible una doble instancia.

Cuestión distinta, y en la que no vamos a entrar por no ser el objeto de este trabajo, es si se debería continuar con el excesivo aforamiento que existe en la Jurisdicción Militar.

- b) En el caso de sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central, se podría objetar que la Sala de Apelación de dicho Tribunal no tendría la consideración de «tribunal superior». Y tanto el PIDCP como el Protocolo al CEDH hablan de que la condena sea examinada por un «tribunal superior».

Ahora bien, tal observación se podría refutar fácilmente. A este respecto, es de destacar que en la jurisdicción ordinaria, las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional son recurribles en apelación ante la Sala de Apelación de la propia Au-

diencia Nacional (artículo 64.bis LOPJ), sin que tampoco se pueda hablar de «tribunal superior». Lo único que ha hecho el legislador, con buen criterio, y con el objeto de resaltar cierta superioridad de una sala con respecto de la otra, ha sido exigir mayores requisitos al presidente y a los miembros de la sala de apelación que al presidente y a los miembros de la sala de lo penal. Por tanto, pudiera ser acertado que el auditor presidente de la Sala de Apelación del Tribunal Militar Central fuese el presidente del Tribunal Militar Central, y el vocal togado fuese el vocal togado más antiguo⁷².

Por último, destacar que una modificación mucho más sencilla que la propuesta, pero que sería bastante incompleta, sería permitir el recurso de apelación solo contra las sentencias de los tribunales militares territoriales, que sería resuelto por el Tribunal Militar Central. Esta reforma sería muy simple. Bastaría con:

- Modificar la LPM, permitiendo el recurso de apelación contra las sentencias de los tribunales militares territoriales.
- Y modificar la LOCOJM, atribuyendo el conocimiento de ese recurso al Tribunal Militar Central.

Esta modificación estaría en perfecta sintonía con lo dispuesto en la LECrim, que no admite el recurso de apelación en el caso de aforados de 2.º nivel, pues las sentencias de los tribunales superiores de justicia sobre este personal solo son recurribles en casación (al igual que ocurriría con las sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, E. «El artículo 14.5 PIDCP y la generalización de la doble instancia penal». *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 4. 2004.
- AGUILERA MORALES, E. «El recurso efectivo frente a la violación del derecho al doble grado de jurisdiccional penal». *Tribunales de Justicia* n.º 11. 2002.
- ALCÁCER GUIRAO, R. «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación». *Revista para el análisis del Derecho*. Enero 2012.

⁷² A estos efectos resulta de interés la distinción que realiza RUIZ HERNÁNDEZ entre jerarquía orgánica y jerarquía funcional (ob. cit., p. 57).

- ARMENTA DEU, T. «El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 1. 2005.
- CACHÓN VILLAR, P. «La doble instancia penal y el recurso de casación». *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 10. Septiembre 2006.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. «El sistema de impugnación frente a sentencias penales. Algunas notas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2186. Febrero 2016.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal». *Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre Constitución y garantías penales*. Madrid: 2003.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. «Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación: principio de inmediatez y derecho de defensa». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9. 2013.
- EGIDO TRILLO-FIGUEROA, B. «La doble instancia penal en la Jurisdicción Militar. Ideas para la Reforma». *IV Jornadas de expertos de la Fiscalía Jurídico Militar*. Madrid: Centro Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia 2009.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R. «Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre». *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 2. 2016.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, J.A. «Sistema de recursos, doble instancia y proceso penal militar». *Estudios de Derecho Militar*. Ministerio de Defensa 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 331. 1998.
- GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso con todas las garantías». *Revista Justicia* n.º 1/1991.
- GIMENO SENDRA, V. «El nuevo recurso de apelación ante los T.S.J. y A.N.». *Diario La Ley*, n.º 8988. Editorial Wolters Kluwer 26 de mayo de 2017.
- GONZÁLEZ CANO, I. «El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español». *Tribunales de Justicia* n.º 2, 2001.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)». *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 2018.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y MARCHENA GÓMEZ, M. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas 2015.
- HURTADO ADRIÁN, A.L. «Apelación de sentencias (con mayor atención) absolutorias». *Diario La Ley*, n.º 9638. Editorial Wolters Kluwer 22 de mayo de 2020.
- JALDO RUIZ-CABELLO, J.A. «La doble instancia penal militar: propuestas de *lege ferenda*». *Derecho Militar y Defensa Nacional*. Granada: 2018.
- LEÓN BASTOS, C. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*. Madrid: Edit. Reus 2010.
- LÓPEZ, LÓPEZ, A.M. «El nuevo recurso de apelación competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia». *Diario LA LEY*, n.º 8907. Editorial Wolters Kluwer 24 de enero de 2017.
- MAGRO SERVET, V. «Las sentencias absolutorias no pueden revocarse para condenar, solo anularse (a raíz de la reforma de los arts. 790 y 792 LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre)». *LA LEY Penal* n.º 121. Editorial Wolters Kluwer 1 de julio de 2016.
- MARÍN CASTÁN, F. «Doble instancia penal y jurisdicción militar». *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. I. Madrid: Edit. Aranzadi 2018.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E. «Líneas básicas para una reforma de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar». *Jornadas de Especialistas en la Jurisdicción Militar*. Febrero 2016. Edición digital en Web: Fiscal.es.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, R.E. «La Jurisdicción Militar en la defensa nacional». Conferencia pronunciada en la RAJYL el 10 de mayo de 2018.
- MATIA PORTILLA, F.J. «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42. UNED 2018.

- PULIDO ORTEGA, A. «Revisión en casación de pronunciamientos absolutorios». *Cuaderno Práctico* n.º 9. Escuela Militar de Estudios Jurídicos enero-junio 2017.
- RUIZ HERNÁNDEZ, M.E. «La impugnación de sentencias ante el tribunal *ad quem*. La segunda instancia en el derecho penal militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 102. Madrid: julio/diciembre 2014.
- RUIZ MIGUEL, C. «Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre. 2015.
- SUAU MOREY, J. *Recurso de apelación penal*. Lisboa: edit. Juruá 2017.
- VICENTE BALLESTEROS, T. «El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Una visión crítica». *LA LEY Penal* n.º 126. Editorial Wolters Kluwer 1 de mayo de 2017.