

EL NUEVO SISTEMA DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

LUCIANO VARELA CASTRO

Maxistrado

- INTRODUCCIÓN

II.-EL NUEVO SISTEMA DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

1.- Presupuestos

1.1.Sentencias recurribles

1.2.- Competencia

1.2.1.- Cuadro que resulta de una regulación dispersa:

1.2.2.- Multiplicidad excesiva de órganos *ad quem*

1.2.3.- Órganos *ad quem* dentro del órgano *a quo*?

1.2.4.- La composición del TSJ en la apelación

1.3.- Legitimación

2.- Motivos

2.1.- En el abreviado

2.1.1.- La infracción de la **presunción de inocencia**.

A).- El alcance de este motivo, en la doctrina del Tribunal Supremo,

a) .- en el marco del recurso de casación

b) .- en el marco de la apelación ante el TSJ

B).-La doctrina del TC sobre el contenido de la garantía de la presunción inocencia

C) .- Propuesta de criterio para el control del cumplimiento de esta garantía

2.1.2.- infracción de las **garantías procesales**

2.1.3.- la infracción de **normas** constitucionales o legales

2.1.4.- la aparición de “**hechos nuevos**”

2.2.- En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado2.3.- En el procedimiento ordinario2.4.- En el juicio de faltas**3.- Procedimiento**3.1.- Abreviado

3.1.1.- Interposición

3.1.2.- Impugnación y adhesión

3.1.3.- Prueba y Vista

A).- Admisión de prueba en la segunda instancia.

B).- ¿Para qué la prueba?

C).- Vista

3.1.4.- Decisión

3.2.- En el ordinario3.3.- En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado**I.- INTRODUCCIÓN**

A) La reforma del recurso de apelación se ha instado reiteradamente aduciendo la necesidad de la **generalización** de la posibilidad de *nuevo examen*, en caso de sentencia de **condena**, invocándose su naturaleza de **garantía**, proclamada, además de por el protocolo 7 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, todavía no ratificado por España, por el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966 que establece 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, conforme a lo prescrito por la ley*"¹.

Diversos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre esta materia en asuntos en los que ha sido parte el Estado español; se mostraron acuciantes².

¹ Similar declaración puede encontrarse en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969).

² Recuerda el CGPJ en su informe al anteproyecto de ley que "...sobre esta cuestión y como es sobradamente conocido, el **Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000** (Comunicación Nº 701/1996, Gómez Vázquez c. España, decisión de 20 de julio 2000), *cuyas consideraciones sobre el fondo se reafirman* en Dictámenes posteriores (Comunicación Nº 986/2001, Sineiro Fernández c. España, decisión de 7 de agosto de 2003; Comunicación Nº 1007/2001, Semey c. España, decisión de 30 de julio de 2003; Comunicación Nº 1101/2002, Alba Cabriada c. España, decisión de 1 de noviembre de 2004, y Comunicación Nº 1104/2002, Martínez Fernández c. España, decisión de 29 de marzo de 2005), concluyó que la inexistencia en el recurso de casación de posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor sean revisadas íntegramente, 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 lo que al condenado le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la

Aunque el TC ya ha tenido ocasión de reivindicar autonomía para la interpretación de ese Pacto negando a dichos Comités la interpretación auténtica del mismo y afirmando que el recurso de casación en su actual redacción satisface esa exigencia. Así lo recuerda la sentencia del TC 296/2005³.

Por otro lado tampoco debe olvidarse que aquel instrumento internacional solamente generaría la exigencia de reforma en cuanto a las sentencias de condena, pero no en relación con las absolutorias⁴.

B) Discutido es el **alcance** que debe suponer el nuevo examen⁵. Si ha de constituir una duplicación del examen de fondo, del mismo objeto, pero con posible actividad probatoria e, incluso, nuevas alegaciones de hechos, que no modifiquen la identificación del objeto inmutable que es lo que constituiría una *segunda instancia*⁶. O si, conforme a lo que se denomina apelación limitada, ha de restringirse a un segundo grado, que no admita nuevos hechos ni nuevas pruebas, salvo excepciones restringidas. Y, en este caso, si el recurso que se establezca va a permitir que, además de la **validez** de la resolución impugnada, y el eventual error *in iudicando in iure*, o subsunción de los hechos en la norma, se pueda examinar la **determinación de los hechos probados** o va a vetar esta posibilidad.

pena, con violación del citado precepto. El Comité también manifestó que el Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

Ante estas consideraciones del citado Comité, reiteradamente ha declarado el **Tribunal Constitucional** (cfr. la Sentencia núm. 105/2003, de 2 de junio, que cita sus Sentencias núms. 70/2002, de 3 de abril, y 80/2003, de 28 de abril) que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 del citado Pacto Internacional, 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 su parte, la **Sala Segunda del Tribunal Supremo**, se ha manifestado de modo constante en este mismo sentido en los Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 13 de septiembre de 2000 y de 28 de septiembre de 2001, en el Auto de 14 de diciembre de 2001 y en distintas Sentencias, pudiendo citarse entre las más recientes la núm. 1487/2004, de 13 de diciembre.

No obstante, en respuesta a las Declaraciones del Comité de Derechos Humanos, el legislador español dio un primer paso en la implantación de forma generalizada de un sistema de doble instancia con la promulgación de la **Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, que introdujo un nuevo art. 64 bis y modificó el art. 73.3, creando en el primero la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de esta clase contra resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal, mientras que al segundo de los artículos se añadió a las competencias de la Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Penal, del Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones que dicten en primera instancia las Audiencias Provinciales. ..."

³ Sobre la consecuencia del pacto internacional respecto a la suficiencia de la casación como instrumento de revisión, puede consultarse la polémica entre Jaen Vallejo ("La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales") y la crispada respuesta del Letrado José Luis Mazón Cuesta (La casación española incumple el derecho a la segunda instancia penal del art. 14.5 del PIDCP) publicados en Actualidad Aranzadi en 21-9-2000 y 19-10-2000.

⁴ Un detenido análisis sobre las razones que desaconsejan que las sentencias en el orden penal se sometan a una "revisión sobre el mérito de la prueba" puede verse en "Derecho Procesal penal argentino" de Julio B. Maier. Buenos Aires 1989.

⁵ Y, con razón, Valentín Cortés reprocha al TC sus vacilaciones al respecto. Ibidem pag. 19 y ss Aunque alguna de esas faltas de precisión ya han sido desvanecidas tras la STC 167/2002.

⁶ "Sistema general de recursos en el proceso penal" Montero Aroca. Comares Granada 1996. pag.31 y ss.

Y aún en cuanto a esto, si el examen se detendrá en la consideración de la **aceptación o rechazo** de esa determinación o admitirá el establecimiento de una **nueva determinación** por el órgano *ad quem*⁷.

Sin duda la caracterización del procedimiento penal bajo los principios de oralidad e intermediación, cuestiona el alcance de ese nuevo examen. Montero Aroca llega a afirmar que "o no existe el recurso de apelación limitado o ese recurso ha de consistir en reiterar el juicio oral de modo que el tribunal del recurso forme su convicción atendiendo a las pruebas que se han realizado en su presencia"⁸

En este particular se produjo un relevante cambio de criterio entre el anteproyecto y el proyecto en definitiva remitido⁹. En aquel no se modificaban los motivos alegables ex art. 790.2. En éste tal apartado se modificó sustancialmente. Hasta el punto de no incluir la posibilidad de alegar el error en la valoración de la prueba, sino, solamente, la quiebra de la garantía de presunción de inocencia.

Como veremos, la opción del legislador, en cuanto a los motivos alegables, no ha sido la de generalizar el modelo ahora vigente, sino **asumir el criterio del legislador de la LOTJ**. Ha de notarse que, en ese procedimiento el recurso de apelación se establece después de que el veredicto -la decisión fruto de la valoración de la prueba lícita y realmente existente- ya se somete a un cierto, por más que somero, control por el Juez técnico. Y es la decisión de éste y no la del Jurado, la que se puede recurrir. Esa revisión por el Magistrado de la decisión del lego era lo que originaba en al vieja ley de 1888 el **recurso de revista**. Con ello se abría la posibilidad de que un nuevo Jurado viese la causa. La ausencia de esa configuración orgánica y de tal consecuencia de control de la decisión del Jurado explica un modelo de apelación que ha de valorarse si es trasladable a los demás procedimientos penales¹⁰.

Lo que le legislador debe considerar es **cual es la fórmula que mejor satisface las garantías del sometido al proceso y también el *ius puniendi* del Estado y los derechos procesales de las demás partes (el de tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, fundamentalmente)**. Fórmula, cabe añadir, modulable en función del tipo de infracción penal y también del órgano jurisdiccional que entiende en primera instancia. Pero que debe ser coherente con la opción sobre la opción inicial: examen solamente de Derecho o también sobre el hecho.

⁷ Dejando a un lado debates terminológicos, el alcance puede ir desde la reiteración del juicio ante otro tribunal diverso del que entendió la primera vez hasta un examen crítico de la sentencia que puso fin a ese primer enjuiciamiento. Y caben configuraciones intermedias, en las que se especifique si se admite contra todo tipo de sentencias, absolutorias o condenatorias, y si, en tal caso, los motivos alegables son o no los mismos en uno y otro supuesto. También puede determinarse el modelo en función de la admisión o no de prueba en la tramitación del recurso y, en este caso, si la admisible puede consistir en la reiteración o no de algún medio practicado en la primera ocasión o en el examen del medio que constató ésta sin que la misma se reproduzca.

⁸ "Sistema general de recursos en el proceso penal" Montero Aroca. Comares Granada 1996 pag 34.

⁹ Extremo que no pudo constatar Calderón Cuadrado en su trabajo "La segunda instancia penal" Aranzadi 2005 en el que examina el anteproyecto partiendo del dato, según dice en la pag. 97, de la no modificación del apartado 2 del art. 790 LECr.

¹⁰ Sobre este mecanismo puede consultarse "La ley del Jurado" de Francisco de Asís Pacheco, con prólogo de Alonso Martínez editado por Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1888 pag.801 y ss.

Algunos postulan que no exista límite ni en la impugnación ni en el ámbito de conocimiento del tribunal que conoce de esta fase procesal¹¹. Otros se decantan por lo que denominan "modelo de apelación limitada" que excluya, eso sí, la repetición de prueba, substituida por la reproducción de su grabación en video, pero accesible a la acusación para obtener una condena en vía de recurso rechazada en la instancia¹². Otros, como Bernd Schünemann¹³ advierten, partiendo, eso sí, de la particularidad del sistema procesal alemán, que debe diferenciarse *según el tipo de infracción, órgano y procedimiento de la primera instancia*, de suerte que la no reproducción de prueba se circunscriba a los casos de delitos graves pero se admita en las infracciones leves porque en estas la primera instancia dispone de un juicio "sin complicaciones y con gran velocidad" en los que se ha constatado que solamente se va a la vía de recurso en un 15% de los casos de los que un tercio son desistidos. Es de destacar como este autor, frente a la imprudente propuesta de los que han descubierto el video como superación del atraso decimonónico, propone su utilización en el recurso contra las decisiones graves con bastantes cautelas y, en el rechazo del hibridismo español que autoriza en el recurso la doble fuente para el Juez: parcial examen del expediente con parcial práctica de prueba ante él.

C) Las **consecuencias** de la doctrina constitucional a partir de la conocida sentencia **TC 167/2002** han suscitado un amplio debate acerca de la necesidad de practicar prueba en la apelación para su resolución, incluso más allá del supuesto en que ésta se interpone contra sentencias absolutorias.

Desde luego no parece que el TC haya venido a confirmar las aventuradas afirmaciones que tras aquella sentencia hicieron algunos de sus comentaristas como Cándido Conde Pumpido¹⁴. Ni mucho menos puede compartirse la euforia de ese comentarista cuando pretende atribuir al TC un papel de remolón seguidor de la vanguardista doctrina del TS¹⁵. Pretendía ese autor que el TC no convocaba a los Tribunales a realizar prueba en segunda instancia¹⁶. Pero el TC ha dejado bien claro que el *derecho a la tutela judicial efectiva* conlleva el acceso a la prueba necesaria reproduciéndola en la segunda instancia para

¹¹ "La segunda instancia en el proceso penal a propósito de la ley 38/2002, problemas y propuestas de resolución" Manuel Richard González en Libro homenaje al profesor D Eduardo Font Serra edita Ministerio de Justicia. 2004 pag. 1928.

¹² "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" en Cuadernos de Derecho Judicial. XV de 2003 "Constitución y garantías penales" pag 22 y ss.

¹³ "La reforma del proceso penal" Dykinson 2005 pag. 84 y ss.

¹⁴ "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" en Cuadernos de Derecho Judicial. XV de 2003 "Constitución y garantías penales".

¹⁵ *Ibidem* pag.27.

¹⁶ Así debe ser, según ese comentarista porque los Tribunales no pueden inventarse trámites inexistentes. Quizás ese aserto se habría omitido por el autor si parase en la doctrina constitucional sobre el art. 627 LECr o sobre el recurso de queja. Por no citar algunas sentencias del TS que, en aras de un misterioso principio de unidad del sistema imponen consecuencias en régimen de prueba atendible en el marco de la LOTJ que esta expresamente vetó.

obtener la revocación de la absolución decidida en la primera. Así deriva de su STC 285/2005 de 7 de noviembre¹⁷.

Pero, si esa doctrina del TC parecía que obligaba a abrir nuevos cauces para la práctica de prueba en dichos casos en la segunda instancia, curiosamente, la reforma puede dejar sin objeto ese *corpus doctrinae*, si ninguno de los motivos alegables justifica esa práctica de prueba.

D) Un amplísimo sector **doctrinal** viene poniendo de manifiesto la insostenibilidad de la **asimétrica** solución dada a la **admisibilidad** de dicho recurso ya que, se argumentaba, aumentaba las garantías que la misma suponía en relación con las infracciones de menor gravedad.

Pero quizás tales críticas olvidaban que razones de peso justificaban esa supuesta asimetría en las garantías, ya que la apelación se admitía allí donde el juzgador de la instancia era individual, y se omitía donde era colegiado.

Esa pluralidad en la regulación de los supuestos y contenido de la apelación va, más allá de la determinación de las sentencias apelables, hasta la configuración misma del recurso, en relación a las facultades de revisión conferidas al órgano *ad quem*, e, incluso a los trámites del procedimiento¹⁸.

E) Ya se había adelantado, en la anterior legislatura, un programa **político** al respecto, que reflejaba el propósito de ampliar el ámbito de la apelación en cuanto a los procedimientos en que se admitirían. Así lo evidenciaba la previsión orgánica, plasmada en la reforma de la LOPJ de 1985 efectuada por la ley orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, por la que se creaban Salas de Apelación en *la Audiencia Nacional y en los TSJ de las CCAA aunque en este caso como colaterales eventuales de la Sala de lo Civil y Penal.

¹⁷ Aparentemente entre el precepto legal (ahora 790.3, antes 795.3 LECr.) y la doctrina de la Sentencia 167/2002, ambos transcritos, parece existir una contradicción, pero ésta se salva fácilmente mediante una interpretación más favorable al derecho de acceso al recurso del art. 795.3 LECrim y acomodada a las exigencias constitucionales. En primer lugar, como ha indicado el Ministerio Fiscal, cuando la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar Sentencia revocatoria, no lo concibe como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído -ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación-; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con el art. 795.3 LECrim, de modo que la Sala, citara al acusado y si éste, no compareciera sólo a él fuera imputable dicha falta de audiencia. Debemos, por tanto, concluir que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona al no entrar a conocer sobre el fondo ni practicar la prueba ya admitida del recurso de apelación, en base a esa interpretación, la que además puede ser calificada de rigorista, del art. 795 LECrim ha privado al recurrente del derecho de acceso al recurso vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva, en dicha vertiente.

¹⁸ La crítica es expuesta por Valentín Cortés en "Recursos en el orden jurisdiccional penal" dentro de los Cuadernos de Derecho Judicial publicados por el CGPJ en el n°XXI. 1995. pag 11 y ss.

II.- EL NUEVO SISTEMA DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

1.- Presupuestos

1.1.Sentencias recurribles

Se **generaliza** la admisión, por razón de la resolución recurrida, del recurso de apelación.

En el procedimiento **ordinario**, el art. 846 bis (en sus diversas letras) quiso ser, cuando se promulgó la LOTJ la sede reguladora de este recurso. La LOTJ redujo el nuevo precepto a las causas de que conocía el Tribunal del Jurado. Pese a ello se mantuvo la ubicación dentro de la regulación general (Libro V) de los recursos contra sentencias. Ubicación ahora aprovechada para ampliar la admisión del recurso de apelación en el procedimiento ordinario.

Según el proyecto serán apelables:

a) Las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales... en el del procedimiento ordinario

Son también apelables, **sin distinguir el tipo de procedimiento** en que recaigan:

b) Las sentencias dictadas por la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

c) Las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

d) Las Sentencias dictadas en primera instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuanto Salas de lo Penal

En el procedimiento de que conoce el Tribunal del **Jurado**, se mantiene la disposición del art. 846 bis a) que admite la apelación contra

e) Las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado

En el procedimiento **abreviado** el art. 790.1 mantiene la apelación ya existente para las sentencias del **Juzgado de lo Penal** (y Central de lo Penal) pero se añade la previsión de este recurso para las dictadas **por la Audiencia**, duplicando la previsión del art. 846 bis. Dice que serán apelables

f) Las sentencias dictadas en primera instancia por el juez de lo penal y

g) Las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en el ámbito del procedimiento abreviado

h) En el procedimiento del juicio de faltas serán apelables, conforme al art. 976, sin diferenciar si las dictó el Juez de Instrucción, el de Violencia sobre la mujer, el de Proximidad o el Juez de Paz.

El **sentido del fallo** de la sentencia **-absolutoria o condenatoria-** de primera instancia no parece ser atendido por el proyecto en cuanto a la **admisibilidad** del recurso,. Cuestión distinta es el **alcance** que se atribuye al recurso según que la sentencia apelada sea absolutoria o condenatoria. Como veremos cuando examinemos los motivos alegables

1.1.1.- Por lo que concierne a la admisibilidad de la apelación **contra sentencias absolutorias** se han formulado varias **objeciones**:

a) Si la respuesta, para el caso de estimación de aquella, **-alegando la invalidez-** es la celebración de un **nuevo juicio**, ello implicaría un *bis in idem*.

Sin embargo, como advierte el TC, ello no ocurre porque tal reiteración solamente quiebra la proscripción al respecto cuando el nuevo juicio ocurre después de obtener la primera sentencia efecto de cosa juzgada. STC 192/2005 de 18 de julio. Esta sentencia, además, añade que " el derecho a la tutela judicial efectiva "no consagra un derecho de la parte que ha obtenido una Sentencia favorable en la instancia a que no sea admitido un recurso, cuando ese recurso está legalmente establecido..."

b) Si, por el contrario, la pretensión de la apelación puede abarcar la **sustitución de la absolución por una condena** impuesta por el órgano *ad quem*, la objeción a la admisibilidad de apelación podría provenir, más específicamente, de la **no previsión de un nuevo recurso** que permita revisar esa condena. La cuestión es: ¿exige el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos citado, que se prevea una tercera instancia para revisar esa condena? Nuestro Tribunal Constitucional ha **desvanecido** esas **objeciones**. La sentencia 296/2005 de 21 de noviembre que recuerda la doctrina que ya había establecido en la 51/1985 y también lo dispuesto en el art. 2 del protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales. (de 22 de noviembre de 1984 firmado por España el 19 de marzo de 1985, aún no ratificado)

c) Otros autores postulan la supresión de recurribilidad de las sentencias absolutorias y que el recurso se admita solamente a favor del reo¹⁹.

Aún cuando se admita la posibilidad teórica del recuso contra decisiones absolutorias, habrá de convenirse que **no existe una obligación constitucional** de su previsión legal. Y, **menos** aún, que tal admisión haya de implicar la posibilidad de **una nueva declaración de unos hechos como probados cuando la declaración de primera instancia determinó la absolución** contra la que se recurre.

El TC dijo en su sentencia 41/1998: "...El único recurso cuya existencia viene garantizada por la Constitución es el recurso contra la sentencia condenatoria, en lo que atañe al fallo y a la pena..."

La solución adoptada por la LOTJ sigue pareciendo la más coherente con el sistema de valoración de medios de prueba en el juicio oral penal y el obligado respeto a las consecuencias derivadas de la exigencia de inmediación en aquél.

¹⁹ "Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal" Vegas Torres. Edit La Ley 1993 pag. 197.

Por eso parece plausible la diversidad de regulación según el contenido de la sentencia recurrida que resulta de la nueva apelación y su extensión a ese recurso en el marco del procedimiento abreviado, siguiendo el camino abierto por la LOTJ. En ese procedimiento la apelación permite cuestionar la *validez* de la sentencia recurrida y, si se estima, el nuevo enjuiciamiento debe efectuarse, tras el *reenvío* por el órgano *ad quem*, por otro órgano *a quo*. Y también el error *in iudicando in iure*, que, de estimarse, dejando incólume la declaración de hechos probados, permite dictar nueva sentencia al *ad quem* decidiendo sobre el fondo en cuanto a la aplicación de la ley.

El TS parece, a veces, mostrarse restrictivo sobre la revisión de la valoración de la prueba hecha en la instancia si en ella se llega a una decisión absolutoria²⁰.

El informe del CGPJ al anteproyecto ya advertía de los problemas del recurso de apelación contra sentencias absolutorias y, tras rechazar la propuesta de sustituir la reiteración de la prueba tributaria de inmediatez, acaba proponiendo que las sentencias absolutorias sean irrecurribles "por motivos probatorios". Ese vino a ser el resultado del cambio sufrido por el anteproyecto en el proyecto.

Ciertamente el TC acaba de imprimir un fuerte vuelco a la doctrina que inauguró con la 167/2002, al dictar su sentencia 338/2005 ampliando la posibilidad de control de la valoración de la prueba efectuada en la primera instancia, con relevación de la carga de reiterar los medios probatorios ante el órgano *ad quem*. Pero lo que no ha hecho es imponer la subsistencia de esa vía -error en la valoración de la prueba- de recurso contra la sentencia

²⁰ STS -2ª, de 4 de julio de 2005: "...Esta Sala ha repetido (Cfr. SSTs de 22-12-2004, núm. 1532/2004 y de 4-3-2004, núm. 253/2004) que la Constitución no incluye un principio de presunción de inocencia invertida que autorice al Tribunal de Casación a suplantar la falta de convicción del Tribunal sentenciador respecto a los extremos iniciales mencionados sobre los que se proyecta el principio, el hecho y la intervención en el mismo del acusado, cuando los jueces a quibus han formado esencialmente su convicción en base a pruebas de naturaleza personal como son los testimonios de los acusadores y las manifestaciones de los acusados que han sido valoradas con la insustituible ventaja de la inmediatez y la contradicción con que se practicaron a presencia de los miembros del Tribunal, de suerte que el juicio de credibilidad obtenido por éstos no puede ser revisado en Casación por quienes no hemos gozado de esos beneficios de inmediatez y contradicción que son factores determinantes para la valoración de esas pruebas, y, así, únicamente podrá ser revisado el resultado valorativo a que llegó el Tribunal a quo cuando ese resultado se evidencia contrario a las reglas de la lógica y opuesto al racional discurrir, atendido el contenido de los elementos probatorios objeto de valoración o estos elementos probatorios permitan otra alternativa valorativa igualmente racional y lógica sin que el Tribunal haya argumentado jurídicamente su rechazo.

A este respecto -como recuerda la STS de 25 de febrero de 2003 cabe subrayar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania-, que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración.

Incluso en el ámbito de la segunda instancia -cuando existe- las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediatez, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia.

absolutoria. Por lo que de mantenerse la exclusión de esta vía, la citada doctrina del TC caerá de objeto.

1.1.2.- Por lo que concierne a las **sentencias condenatorias**, la cuestión que se suscita es si el elenco de motivos que, conforme al proyecto, se pueden alegar satisface las exigencias internacionales asumidas por España al suscribir el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966.

Desde luego ese Pacto no exige una apelación plena. (STEDH Ekbatani vs. Suecia de 26-5-1988, Monnell y Morris vs Reino Unido de 2-3-1987).

Advierte Montero Aroca que ni la CE ni el Pacto de 1966 atribuyen el derecho a un doble examen o doble instancia²¹. Ni aquel instrumento internacional ha determinado cual deba ser la configuración del recurso que en el mismo se acuerda establecer. Ni puede salvarse la **contradicción entre intermediación y apelación** en la que se ven incursos los partidarios de "introducir la apelación en el proceso penal de modo general".

Respecto a la **presunción de inocencia como fundamento** del recurso no parece que autorice a sustituir la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. De tal manera que, si se excluye el error en la prueba como motivo alegable, las sentencias condenatorias quedan sometidas a una posibilidad de recurso, en cuanto al hecho, muy limitada, pero que **puede ser funcional a la garantía de revisión del fallo del condenado si permite cuestionar, en buena medida, el proceso probatorio, aunque rechace la suplantación del a quo por el ad quem en la valoración**. Volveremos sobre ello al examinar los motivos alegables según el proyecto.

1.2.-Competencia

1.2.1.- La dispersa regulación establece el siguiente cuadro:

a) Ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, que se constituirá con tres magistrados: Las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales en el ámbito del procedimiento **abreviado** y en el del procedimiento **ordinario**

Las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado Presidente del Tribunal del **Jurado**,

b) Ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional: Las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

c) Ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: Las dictadas por los Juzgados Centrales de lo Penal

²¹ "Recursos contra sentencias" en "La ley del Jurado: problemas de aplicación práctica" Estudios de Derecho Judicial editados por CGPJ nº 45. pag. 745.

d) Ante la Audiencia Provincial: a) las **sentencias** dictadas en primera instancia por el **Juez de lo Penal**, b) las **sentencias** dictadas por el **Juez de Instrucción**, en el juicio de **faltas** constituyéndose la AP con un solo Magistrado c) de los recursos que establezca la ley contra las **sentencias** dictadas por los **Juzgados de Proximidad** de la provincia. Art. 82 de la LOPJ que el proyecto propone reformar²² La Audiencia se constituirá con un solo magistrado también en este caso. d) de los recursos que establezca la ley contra las **sentencias** en materia penal dictadas por los **Juzgados de Violencia sobre la Mujer** de la provincia²³. Así se establece en el art. 82.1.4º LOPJ modificado por la LO 1/2004. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica. Esta especialización se extenderá a aquellos supuestos en que corresponda a la Audiencia Provincial el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia

e) Ante la Sección de Apelación de la Sala Segunda del TS, prevista en el art. 57.2 LOPJ: Las sentencias dictadas por la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

f) Ante la Sala prevista en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Las Sentencias dictadas en primera instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuanto Salas de lo Penal

g) Ante el Juez de Instrucción: Las dictadas por el Juez de Paz en juicio de faltas

²² El art. 97 bis que se introduce en la LOPJ establece 1. En los municipios donde exista Juzgado de primera instancia e instrucción, y tengan régimen municipal especial o se cumplan las exigencias del artículo 121.1 de la Ley de Bases de Régimen local, se crearán los juzgados de proximidad. Estos juzgados extenderán su jurisdicción a todo el término municipal y, en su caso, al partido judicial correspondiente.

2. Los Juzgados de Proximidad, en el orden penal, tendrán atribuida la competencia en primera instancia del conocimiento, fallo y ejecución de los juicios de faltas, con exclusión de aquellas que corresponden a los Juzgados de violencia sobre la mujer.

²³ La ley orgánica 1/2004 modifica el art. 87 bis de la LOPJ: 1. En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia 3. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica, corresponda a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos Órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.4. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley". El art. 87 ter establece que estos Juzgados serán competentes para d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado. (quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género).

Así pues habrá hasta siete tipos de órganos diferentes con competencia para decidir en apelación contra sentencias. Y uno de ellos, la Audiencia Provincial, podrá constituirse en múltiples secciones con tres o con un solo magistrado.

1.2.2.- Multiplicidad excesiva de órganos *ad quem*

Quizás aquí radique una de las **incoherencias** más significativas del programa político que alumbró este proyecto. Solamente puede explicarse el **dislate** si es fruto de pensadores absolutamente desconectados entre sí. En efecto, la búsqueda obsesiva por erradicar las manifestaciones de heterogeneidad, que dio lugar a la propuesta de transformación del recurso de casación, brilla por su ausencia cuando se tiene por oportuno atribuir la última palabra de la instancia a más de seis decenas de órganos en el país, sin computar las secciones, en que aquellos se subdividen, aunque sea funcionalmente.

De **ponerse fin a** la innecesaria creación de órganos **-Juzgados de lo Penal-** competentes para enjuiciar delitos fuera del seno de la Audiencia Provincial, aunque ésta se componga con un solo magistrado para los leves -nunca con penas superiores a tres años de prisión, podría confiarse a los TSJ la segunda instancia penal para la totalidad de los procesos por delito, sin perjuicio de lo que diremos sobre la composición del Tribunal. Lo que, a demás, implicaría un notable ahorro de recursos económicos que no corresponde examinar aquí. La posibilidad de asumir la Audiencia una adecuada deliberación para la unificación de criterios, podría lograrse una notable reducción de los recursos de apelación.

Restaría así a la Audiencia, en el ámbito penal, únicamente la segunda instancia para sentencias dictadas en juicio de faltas.

1.2.3.- Órganos *ad quem* dentro del órgano a quo?

Discutible es establecer segunda instancia incluso al coste de prever en el **mismo Tribunal el órgano que conoce de la primera y de la segunda**. La innovación orgánica era eludible desde que el TC ha avalado la no necesidad de la segunda instancia en determinados supuestos de aforamiento. El caso de la Audiencia Nacional solamente sugiere que aquí habría una buena ocasión para acabar con su existencia. Desde luego no son pocos los que excluyen la exigencia de vínculo de jerarquía, al menos orgánica, entre el órgano *a quo* y el *ad quem*. Bastaría pues esa jerarquía funcional²⁴.

1.2.4.- La composición del TSJ en la apelación

Resulta llamativo la ausencia de reflexiones acerca de las **personas llamadas a componer esa Sala de lo Civil y Penal de los TSJ**. Con clara relación con su competencia inicial, (Derecho foral, ahora civil propio, de las CCAA, y enjuiciamiento penal de aforados) esa composición incluyó a personas cuya legitimación deriva de la de quien determina su presencia en el órgano jurisdiccional: el pacto de partidos políticos en el marco parlamentario autonómico:

²⁴ "La segunda instancia penal" Calderón Cuadrado en Aranzadi 2005 pag.142 y ss.

La cuestión es ¿resulta aceptable esa procedencia si la función se transforma hasta el punto de que le corresponda fijar la línea jurisprudencial de la Comunidad Autónoma? Una advertencia para los paladines de esa vía de corto recorrido hacia el populismo democrático: deben ir buscando razones para justificar que el Tribunal Supremo no se dote de tan alto rango en el sistema selectivo de sus componentes. Salvo, claro es, que entienda que el actual, a la postre, ha terminado, en la práctica, en un vergonzante remedo de ese sistema...

Montero Aroca²⁵ advierte que esa atribución "desvirtúa de raíz lo que la Constitución y los Estatutos de Autonomía previnieron para esos Tribunales en lo relativo a su competencia" e incluso cuestiona que, dado el sistema de nombramiento de sus componentes, quede garantizado el derecho al juez ordinario predeterminado pro la ley.

1.3.- Legitimación

En el procedimiento ordinario se establece en el art. 846 bis: El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, y el art. 846 bis b), que se mantiene, establece que pueden interponer el recurso tanto el MF, como el condenado como las demás partes. cuando se trate de sentencias dictas por el MP del Tribunal del Jurado. También podrá recurrir el declarado exento de responsabilidad criminal si se le impusiere una medida de seguridad o se declare su responsabilidad civil.

En el procedimiento **abreviado** conforme al nuevo art. 790, el recurso podrá ser interpuesto por **cualquiera de las partes**. También cuando ha conocido la Audiencia de conformidad con el ya citado art. 846 bis. En el juicio de faltas el art. 976 remite a la regulación del abreviado.

Por lo que concierne a la legitimación para **adherirse**, se establece, en el procedimiento **ordinario**, (art. 846 bis) b) párrafo tercero que la parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación, pero este recurso quedará supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo. Al efecto el nuevo art. 846 bis d) establece que el supeditado podrá interponerse *una vez concluido el término para recurrir, a las demás partes, las que, en término de cinco días, (desde que se les da traslado del recurso de apelación) podrán formular recurso supeditado de apelación. Si lo interpusieren se dará traslado a las demás partes.*

En el **abreviado**, también se propone ahora, que *la parte que no haya apelado, en el plazo correspondiente, podrá formular apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, En todo caso este recurso quedará **supeditado** a que el apelante mantenga el suyo.*

Aquí se resuelve legislativamente una de las cuestiones espinosas como era la admisibilidad de la adhesión. Y se hace asumiendo el legislador la innovación que había instaurado antes la **LOTJ** con esa figura del recurso supeditado. La Sala Segunda del TS ya adoptó el acuerdo en pleno no jurisdiccional de *admitir la adhesión en casación, supeditada en los términos previstos por la ley jurado, arts. 846 bis b), bis d) y bis e) lecrim.*

²⁵ "Recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado" Comares Granada 1996 pag. 74

Las demás partes, en el abreviado, podrán **impugnar** la adhesión, en el plazo de dos días, una vez conferido el traslado previsto en el apartado 6 del art. 790.

Sin embargo, en el ordinario, la impugnación de la adhesión no se produce por escrito sino en la vista del recurso principal. Nuevo art. 846 bis e) *Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle*".

Por otro lado, esta genérica admisión de legitimación en referencia a todas las partes debe matizarse con la exigencia de **gravamen**. Su inexistencia debe considerarse en algunos casos por lo que no todos los motivos pueden ser alegados por todas las partes.

El gravamen es una exigencia que el TC admite con gran amplitud en su configuración, hasta el punto de reconocer que concurre en el acusado absuelto al que debe permitírsele la apelación, pese a la absolución, en determinados supuestos. STC 41/1998.

Pero se ha de recordar que el TS **ha denegado la posibilidad de que las acusaciones funden el recurso de apelación en la conculcación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia**. Dado el sistema de motivos que se propone en el proyecto, cabría objetarse una quiebra del principio de igualdad ya que los que pueden alegarse por las acusaciones y por las defensas del acusado hacen que la posibilidad de suscitar la cuestión del hecho no sean las mismas.

Por otro lado, debe admitirse que está **legitimada la acusación para alegar**, además de los motivos que afectan a la aplicación de la ley sobre el fondo, entre los motivos que afectan a la validez del procedimiento, el motivo de **nulidad por defecto en la motivación de la declaración de hechos probados que justificó la absolución**.

El fundamento de tal legitimación se ha buscado en la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. (STC 246/2004 de 20 de diciembre (Caso Otegui)²⁶.

²⁶ El TC en su sentencia de 246/2004, de 20 de diciembre (caso Otegui) dijo, en relación a los recursos por este motivo contar sentencias del Tribunal del Jurado: "...el art. 125 CE (RCL 1978, 2836) defiere al legislador la forma en que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, destacando que, aun asumiendo el diferente nivel de la exigencia de motivación entre sentencias condenatorias y absolutorias y las dificultades que puede suponer para un órgano integrado por personas no técnicas la motivación de sus decisiones, el legislador ha optado en nuestro sistema por imponer al Jurado la exigencia de una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, conectado con la previsión constitucional de que "las sentencias serán siempre motivadas" (art. 120.3 CE); de modo que "la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1 d) LOTJ (RCL 1995, 1515) constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre , F. 6)" (F. 6)....) Reitera así lo dicho en TC 169/2004 de 6 de octubre.

2.- Motivos

2.1.- En el abreviado

El apartado 2 del reformado art. 790 expone la nueva regulación de estos motivos.

2.1.1.- *La infracción de la presunción de inocencia.*

Aquí se produce una de las modificaciones más sustanciales respecto a la regulación de la apelación del procedimiento abreviado, pasando a asumir los planteamientos que había instaurado la LOTJ que estableció ese motivo excluyendo el de error en la valoración de la prueba.

En efecto, **frente a** la amplia motivación del recurso de apelación que permitía discutir **cualquier error en la apreciación** de la prueba en la primera instancia, el nuevo sistema **reduce** la discusión a los casos en que la primera instancia, al fijar los hechos probados, ha conculcado la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

A) El alcance de este motivo, en la **doctrina del Tribunal Supremo**,

Cuando menos debemos considerar que siguen siendo imprecisos los límites fronterizos entre el territorio de la garantía constitucional y el de la valoración de la prueba que aquella garantía habilita para autorizar la condena del acusado.

Pretende, por un lado marcar la diferencia e incluso la incompatibilidad de la alegación de la garantía constitucional y la del error en la valoración de la prueba²⁷. Así en la sentencia de 5 de abril de 1999. Pero no aporta pautas seguras en orden a fijar las **facultades revisoras del órgano jurisdiccional ad quem**, tanto en el marco de la casación, como de la apelación, atiende al contenido esencial de la garantía constitucional.

a) En la sentencia de 11 de julio de 2005 quiso enseñarnos sobre el ámbito de conocimiento del TS cuando, **en el marco del recurso de casación**, examina este motivo, recordando la similitud con el mismo alcance para el TC cuando examina amparos bajo tal alegación:

"...hacer un examen profundo de lo que respecto al análisis de la prueba nos dice la sentencia recurrida, para realizar una triple comprobación:

²⁷ "Tal planteamiento evidencia además de un desconocimiento inadmisibles de la técnica casacional, una insubsanable orfandad operativa de la pretensión deducida, pues **no es posible sostener** la existencia de una **vulneración** del Principio Constitucional aludido (SE REFIFERE EA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA) -necesariamente fundada en una ausencia o insuficiencia probatoria- y **simultáneamente** destinar toda la estructura argumental de la denuncia a justificar un **error** en la valoración de la prueba, máxime si, a través de la vía elegida del error de hecho, lo pretendido es otra **valoración** de la que concluir la concurrencia del engaño y apoderamiento que constituye la infracción penal. Por todo ello, el motivo merece ser desestimado". Y en la de 17 de diciembre de 1996 decía: "El motivo noveno, que denuncia vulneración de la presunción de inocencia, es un nuevo ejemplo del uso de tal reproche, en muchas ocasiones, como una cláusula de estilo. De una parte, **mal cabe compaginar esta queja con la alegación de errores de hecho en la apreciación de la prueba**, pues la prueba no puede existir y dejar de existir al mismo tiempo".

1ª. *Comprobación de que la prueba utilizada para condenar existe en las actuaciones procesales practicadas (prueba existente).*

2ª. *Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada a tales actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas procesales aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba lícita).*

3ª. *Comprobación de que esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso, ha de considerarse razonablemente suficiente como justificación de los correspondientes pronunciamientos condenatorios. **Mínima** prueba de cargo, nos decía el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, a partir de la primera de todas, la 31/1981, de 28 de julio. **Después** se ha tornado a este otro concepto, sin duda más exigente y más adecuado a su propio contenido: una **suficiencia** de tal prueba para condenar, sometida al criterio de la racionalidad. **Conceptos muy abiertos, pero necesarios** para poder controlar la observancia de este derecho fundamental, el relativo a la presunción de inocencia, que es fundamental no sólo por venir consagrado en nuestra Constitución, sino por ser eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, el funcionamiento de todo el procedimiento penal. Serán en cada caso las reglas de la sana crítica, o del sentido común, o de la experiencia, o como queramos llamar al conjunto de criterios asequibles a las personas no profesionales del derecho, lo que hemos de tener en cuenta aquí, en estos recursos de casación, para apreciar si existió o no suficiencia en ese conjunto de pruebas de cargo que la sentencia de instancia nos ha señalado como la base de su pronunciamiento condenatorio.*

*Ahora, en esta alzada, hemos de **aplicar la razón, nuestra razón como magistrados, a aquellas otras razones de otros magistrados expresadas en la sentencia recurrida**, con las limitaciones propias del principio de inmediación que, a veces, **no siempre, nos llevará a respetar lo valorado en la instancia**, particularmente cuando se trata de pruebas personales celebradas a presencia del tribunal que presidió el juicio oral (profesional o jurado).*

*Conviene señalar aquí que tal suficiencia ha de exigirse con rigor, rigor que ha de fijar el propio tribunal de instancia que sabe que cualquier duda razonable en materia de prueba ha de resolverse siempre en favor del reo. Ante el tribunal que preside la prueba rige, como siempre ha ocurrido en el proceso penal moderno, el principio "in dubio pro reo". Pero es el propio tribunal de instancia el que tiene que manifestar si tiene alguna duda. Si no dudó y por ello condenó en unos términos concretos, las partes perjudicadas **no pueden venir en casación** a plantearnos unas dudas que el órgano judicial no tuvo. En casación sólo vale el principio "in dubio pro reo" cuando el tribunal de instancia manifiesta su duda y la resuelve de un modo que no es el más favorable para el acusado..."*

Desde luego tal concepto del ámbito casacional ex garantía de presunción de inocencia es harto discutible, y no equiparable al canon explícito en la LOTJ: **que la condena carezca de toda base razonable atendida la prueba practicada**, no solamente por la intensidad de la discrepancia con la condena sino porque la referencia no lo es tanto la motivación del juez como, objetivamente, la prueba practicada. [Art. 846 bis , c), e)].

Más exactamente, en la sentencia de 11 de abril de 2002 el TS aleccionaba en cuanto a la operatividad de la alegación de la presunción de inocencia, como motivo en el recurso de casación, circunscribiendo la vulneración de la garantía a los supuestos de **vacío probatorio** sobre los hechos objeto del proceso o sobre alguno de los elementos esenciales del delito enjuiciado²⁸.

En la STS de 16 de octubre de 2003, reitera, como dijo en la 175/2000 de 7 de febrero "*...que se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena **sin pruebas**, o éstas son **insuficientes**, o éstas no son susceptibles de valoración, por su **ilicitud** o su irregularidad en la obtención y práctica de la prueba. También cuando la **motivación** de la convicción que el tribunal **expresa** en la sentencia es **irracional** o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica*"²⁹. En la sentencia de 20 de septiembre de 2000, por otro lado, también dijo: "*...Su espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido como acreditación de la participación de una persona en un hecho. Además, otros dos extremos referidos a la acreditación del hecho, la **regularidad de la obtención** de la prueba y el proceso racional a expresar en **la motivación** de la prueba*"³⁰.

De mantenerse el texto del proyecto, la semejanza predicada por el TS entre su ámbito de conocimiento en la casación bajo la alegación de esa garantía con el ámbito del TC en el caso del amparo, también habrá de predicarse en relación con el órgano *ad quem* en el ámbito de la nueva apelación.

b) La sentencia del TS 1443 de 20 de septiembre de 2000, en relación a la **alegación de la presunción de inocencia en el marco de la apelación ante el TSJ**, en cuanto al examen de la prueba, emplaza a estudiar, sin merma de la exigencia de la inmediación, (dejando aparte la percepción sensorial de la actividad probatoria) el **proceso interno del juzgador** por el que forma su convicción a través de lo percibido **incorporando** a esa percepción los criterios de **ciencia**, de **experiencia** y de **lógica** que le llevan a la convicción..."³¹

²⁸ "... para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un **vacío probatorio sobre los hechos** que sean objeto del proceso **o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos** enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación con tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas. para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ministerio de la Ley corresponde con exclusividad dicha función -artículos 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución Española-.

²⁹ Consecuentemente, el ámbito sobre el que se ejerce el control revisor del derecho fundamental que se invoca se contrae a comprobar que ante el tribunal de la instancia se practicó la precisa actividad probatoria; que ésta es susceptible de ser valorada, por su práctica en condiciones de regularidad y licitud previstas en la ley, concurriendo los requisitos de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva; que tiene el sentido preciso de cargo; que permite imputar a una persona, objetiva y subjetivamente, unos hechos por los que es acusado; y que la valoración de la prueba desarrollada por el tribunal de instancia es racional y lógica.

³⁰ En términos de la STS 6-2-1995, "Verificar que esa prueba ha sido **obtenida** en correctas condiciones... sin violación de derechos ni libertades fundamentales y conforme al proceso debido" y "observar si en la preceptiva **motivación** de la sentencia se razona, por el Tribunal de instancia, el proceso seguido para llegar a la condena de acuerdo con los criterios de **lógica** y de decantada **experiencia** y, en su caso, del saber **científico**, sobre todo si ha debido proceder a realizar deducciones o inferencias..."

³¹ "...La valoración de la prueba, una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su

El paso desde el examen de la *estructura racional* de la sentencia apelada, con referencia a la garantía constitucional, a la plena revisión de la *valoración de la credibilidad* dada a los diversos medios probatorios, reales, incriminadores, lícitamente obtenidos y producidos en juicio oral, -por ello, saldadas ya las cuentas con la exigencia constitucional- tiene una probabilidad de ocurrencia directamente proporcional a la voracidad de control demostrada por el órgano de ulterior instancia. E incluyo esta expresión para abarcar también al órgano de casación, cuando extravasa su específico ámbito para invadir el terreno de las instancias.

En referencia al ámbito de conocimiento del **TSJ en la apelación contra sentencias del MP del Tribunal del Jurado**, el TS dijo: "*...En términos de nuestra Jurisprudencia: "Las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, no son menos, pero tampoco más, intangibles frente a los recursos que las dictadas por las Audiencias: los límites esenciales de su revisión se encuentran en el respeto al principio de inmediación y, como consecuencia de ello, a la potestad exclusiva del Órgano sentenciador para la valoración en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral". Desde la perspectiva expuesta, el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación **podrá controlar** el ejercicio de la función jurisdiccional, en la atinente al control de la presunción de inocencia, comprobando **si existió actividad probatoria, si ésta fue regularmente obtenida, si tiene un sentido razonable de cargo y si la deducción que el Tribunal obtiene de la inmediación responde a criterios lógicos y de razonabilidad expresadas en la sentencia. De esta manera ese recurso es un medio efectivo de control del ejercicio de la jurisdicción...***"

consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases: a) La percepción sensorial de la prueba. b) Su estructura racional. La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por lo tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración. La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido incorporando a esa percepción los criterios de ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción. El primer apartado no puede ser valorado por un Tribunal que no haya percibido directamente la prueba. En este sentido el art. 741 es claro al referir como presupuesto de la valoración la práctica en el juicio oral, es decir, en presencia del Tribunal...

...Dejando aparte, por lo tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensoria.

Así, la valoración de la prueba, en cuanto comporta un análisis racional de la misma y las deducciones que sobre la culpabilidad y la inocencia se expresan, puede ser objeto de control del órgano jurisdiccional superior comprobando si dicho análisis es racional porque se han aplicado correctamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia. **Otro tanto cabe señalar respecto a las inferencias** deducidas de unos hechos objetivos a los que se asocian criterios de lógica que, por ello, pueden ser revisados por un órgano jurisdiccional encargado de la impugnación.

Desde esta perspectiva, el Tribunal superior realiza una valoración de la prueba, dirigida a preservar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consistente en comprobar la estructura racional de la prueba, tanto por su acomodación a criterios de lógica, ciencia o experiencia, como para comprobar el carácter de prueba de cargo que permite la inferencia sobre la culpabilidad de una persona, lo que constituye una **garantía del ciudadano frente al ejercicio arbitrario del Poder Judicial**, porque el Juez libre de un sistema de prueba legal no lo está de una valoración racional de la prueba (Cfr. arts. 717 y 741 de la Ley Procesal y 24 y 120 CE).

Llama la atención de esa sentencia del TS que la actuación del TSJ se viese censurada en nombre del principio de intermediación, como defecto de forma cuya quiebra justifica la **censura de la sentencia ex art. 24.2 CE, para acabar, el TS, agravando la condena (alevosía) del acusado** que se había beneficiado, por virtud de la apelación, de una sentencia más benévola (homicidio sin alevosía) en la segunda instancia. Aunque el debate, en la casación, sobre el ámbito de intervención del órgano de la apelación en la valoración de la prueba, ya no se produjo ex garantía constitucional que la acusación no podía invocar.

Este criterio de la sentencia 1443 de 2000 de 20 de septiembre es reiterado en la STS.2ª 1077/2000 de 24 de octubre. También esta sentencia del Supremo se traduce en la revocación de la del TSJ que había estimado la apelación del acusado condenado. Pero tratando de fundarse el TS en la infracción de ley por no aplicación del tipo penal (asesinato) apreciado en al primera instancia. En realidad también en este caso, el verdadero fundamento es la censura al TSJ en la estimación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Pese a que es la acusación la que acude al TS.

Quizás resoluciones como éstas hacen que deba recordarse que las decisiones absolutorias, del delito, en su tipo base o del delito en el subtipo agravado, no deberían nunca ser susceptibles de recurso si el motivo de éste es una discrepancia con la valoración de la prueba.

Y tampoco parece que la aceptabilidad de la motivación, en cuanto suponga una revisión de la conclusión relativa a la valoración del medio probatorio, pueda justificar la revocación de una absolución.

B) La **doctrina del TC** sobre el contenido de la garantía de la presunción inocencia quizás deba llevar a un **ámbito más modesto y restringido de las facultades del órgano ad quem**, que asuma el control de su observancia por el que dictó la resolución recurrida.

Es recopilada por la STC/2006, 26 de 30 de enero, reiterando la 300/2005: "En numerosas ocasiones hemos declarado que *"sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3)" (STC 163/2004, de 4 de octubre, FJ 9)".*

Pero, como advierte la 300/2005, ese control no tolera que se suplante la función valoradora de la prueba, sino que implica **únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta** siendo en eso en lo que difiere precisamente de la apelación.

Sobre esa implicación de la motivación en la garantía de presunción de inocencia, advierte Vives³² que "para **rechazar la implicación necesaria entre las exigencias de la motivación y la presunción de inocencia** bastaría con señalar que el precepto no excluye que se proyecten también sobre veredictos absolutorios".

Pero el TC erige la motivación en uno de los componentes de aquella garantía. Por ello, el condenado que alega este motivo - a nuestro parecer, la acusación no está legitimada para tal invocación- podrá obtener la absolución si convence al Tribunal de la falta de base razonable de la conclusión probatoria de la sentencia apelada.

C) Quizás el **único criterio posible** para determinar cual debe ser el límite de las facultades del órgano que revisa si ha sido observada la garantía -sea en el amparo, en la casación o en la apelación bajo el motivo que ahora examinamos- se encuentra en la configuración del mismo bajo la LOTJ.

La observancia de la garantía **no debería depender de la motivación**, -ni del contenido de su exposición, ni de su ausencia- de la condena. De lo que debería **depender** es de la existencia de **motivos** para la misma. De unos motivos **objetivamente** constatables. Cualquiera que sea el juicio que los mismos hayan suscitado subjetivamente al juzgador. Y, por supuesto, cualquiera que sea la agudeza y acierto del juzgador en la exposición de los mismo. Desde luego ese medio de prueba debe reunir los requisitos que satisfagan la garantía constitucional: licitud y práctica en juicio oral y público.

Como indica la LOTJ, habrá de **atenderse a la prueba practicada**. Y no a cómo la valoró el juez, o a como éste exponga su proceso valorativo. El motivo que autoriza a enervar la presunción no puede ser otro que la objetiva existencia de un **resultado probatorio**, del que importa su **sentido más que su potencia para convencer**. Lo que debe constatar-se es que los medios de prueba hayan aportado lo que a veces se ha denominado una "**afirmación instrumental**"³³. Y que tal resultado, "lo que dice" el medio de prueba, sea de **cargo**. Que tal afirmación del medio probatorio llegue a ser una "afirmación del juzgador", porque, **creyéndola**, la haga suya, solamente **puede ser controlado**, por alguien que no sea ese Juez comparador, en la medida que la convicción de éste **resulte notoriamente errónea**. Con tal notoriedad que la calificación del error pueda hacerse prescindiendo de la intermediación en la recepción del medio.

Es en todo caso una tarea que puede ser efectuada por cualquiera que tenga **constancia de lo reportado por el medio**, aunque esa constancia no derive de la inmediata percepción de la práctica de éste. Por eso puede efectuar el control cualquiera que tenga acceso a dichos resultados probatorios. Como puede acceder el órgano *ad quem* con responsa-

³² "La presunción de inocencia en la Ley del Jurado" en "La ley del Jurado: problemas de aplicación práctica" Estudios de Derecho Judicial nº 45 edita CGPJ pag. 438.

³³ Sobre la prueba como comparación entre afirmaciones puede consultarse Serra Domínguez "Contribución al estudio de la prueba" en Revista Jurídica de Cataluña 1962 y la exposición que desde esa concepción hace Manuel Miranda Estambres en "La mínima actividad probatoria" J.B. Bosch Editor barcelona 1997 págs 16 y ss, especialmente pag 30.

bilidades para establecer si la garantía constitucional de presunción de inocencia fue o no respetada.

Podrá decirse que cabe diferenciar los supuestos en que el juez agote su valoración en la afirmación instrumental reportada por el medio de prueba, prueba directa, de aquellos otros en que la afirmación, en que culmina la actividad del juez, es reelaborada por este acudiendo a inferencias lógicas, científicas, o técnicas, prueba de indicios. En la prueba directa el órgano *ad quem* debe comenzar por determinar si lo "dicho" por el medio es lo que el juez a quo dice que ha dicho, y en la de indicios, si comparte que la inferencia que, partiendo de ello, extrae el citado órgano a quo es un resultado de la lógica.

Pero el control, aun siendo más acuciente en la prueba de indicios, no es renunciable en la prueba directa. Lo que ha de valorar el órgano *ad quem* es si **el paso de las afirmaciones instrumentales a afirmaciones del juzgador carece de toda base razonable**. Admitir como verdadera una afirmación disparatada de un supuesto testigo directo puede ser mucho más irrazonable que una inferencia del juzgador desde la afirmación de un hecho base objetivamente verosímil.

Es inadmisibles, en cuanto no matizada, la afirmación de Montero Aroca cuando dice que la valoración de la prueba, esto es, si el testigo debe ser o no creído, no puede controlarse por la Sala del TSJ en la apelación, de suerte que, "estimado que existió actividad probatoria legal y de cargo en el juicio oral, no podrá concurrir el motivo de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia"³⁴. Si el testigo dice algo que la ciencia o simplemente la experiencia, por no decir el sentido común, permite afirmar que es imposible que haya ocurrido, esa afirmación puede ser calificada de falsa por el órgano *ad quem* aunque el *a quo* lo haya creído y aunque, cabe añadir, exponga una intensa motivación al respecto.

Ciertamente cuando el TC se restringe, imponiéndose una interdicción de revisión de la valoración de la prueba, cuando se alega esta garantía en pretensiones de amparo, lo hace, como indica Francisco Caamaño, no solamente en función de la subsidiariedad de este cauce, sino también reconociendo la influencia de la inmediación para tal valoración³⁵ (voto particular a la STC 59/2000 y SSTC 111/1999, 196/1999, 214/1999 y 119/2000) (también la STC 220/1998 FJ3 advierte del carácter condicionante de la inmediación) El TC diferencia entre "revisar la valoración" y "supervisar externamente" la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (STC 91/1999 FJ 2).

En todo caso se inhibe de "contrastar dicha razonabilidad con la de otras posibles inferencias". Porque el control de la garantía, si supera el canon de razonabilidad, no se extiende al análisis de su calidad o su oportunidad en relación a otras alternativas que la actividad probatoria realizada podría también justificar.

³⁴ "recursos..." cit. Pag. 774 y ss.

³⁵ "Facticidad y límites procesales al enjuiciamiento en amparo" en la colectiva "Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo" Tirant lo Blanch. Valencia 2006 pag.363.

Pero el TC, como evidencia el análisis que de su doctrina nos hace Francisco Caa-maño, estima que el control de la garantía de la presunción de inocencia permite censurar la indebida aplicación o ilógica interpretación de una regla de prueba que culmina en una "valoración arbitraria" en la sentencia censurada.

Así se incorpora el canon de la exigencia de prueba "**más allá de toda duda razo-nable**" (STC 278/2000). Si en la sentencia la condena se sustenta de forma irrazonable o "**excesivamente abierta**" la presunción de inocencia, como garantía, determina su nulidad.

Si nada impide coincidir en que tal control debe hacerse a medio de una "análisis externo", me parece discutible que éste tenga por objeto la "valoración efectuada" por el autor de la sentencia. Más deseable podría ser atender al resultado objetivo -según la interpreta-ción que no valoración de lo que "dice" el medio- de la actividad probatoria. **Esta sería la garantía sustantiva de la presunción de inocencia, frente a la procesal de la motiva-ción.** Diferencia importante si atendemos a las consecuencias que uno y otro control deben acarrear. La infracción sustantiva la anulación de la condena y absolucón subsiguiente. La procesal la reposición de actuaciones al tiempo de la infracción. Y esta debe ser la conclu-sión cuando lo defectuoso de la motivación, o su total ausencia, impide incluso el control de la garantía al obstaculizar el conocimiento del resultado de la actividad probatoria. Pero eso nos debe llevar ya al siguiente motivo.

Así entendido este control debe entenderse que satisface las exigencias de posibili-dad de revisión asumida en los textos internacionales.

2.1.2.- *infracción de las garantías procesales*: Aquí el contenido del proyecto es el mismo que en la regulación vigente.

Si ello no suscita problemas en relación al amplio catálogo de garantías a conside-rar, las ha suscitado cuando se trata del **canon de motivación** de la sentencia.

En el proceso ante el Tribunal del Jurado, se ha establecido que la apelación admite la cuestión de la validez de la sentencia en función de la observancia de la norma procesal que obligaba a la motivación del veredicto.

La reforma proyectada no incluye una específica previsión similar a la de la LOTJ. Nada permite prever que aquella cuestión de la validez no se suscite bajo la alegación en el recurso de defectos en la motivación de la sentencia apelada.

El problema surge de manera particularmente acuciante cuando se trata de recurso contra **sentencias absolutorias**.

Surge ahí un riesgo de que, so pretexto de reprochar a la sentencia absolutoria la falta de motivación suficiente, lo que se está es exigiendo que se justifique la inocencia del acusado³⁶.

³⁶ Vives lo demuestra examinando la STS de 12 de marzo de 2001 en "La presunción de inocencia..." cit. Pag 447.

Con singular rigor y acierto lo señala el voto particular de la STC 246/2004 de 6 de octubre: "...Cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia"³⁷.

³⁷ La segunda particularidad del presente caso deriva del hecho de que la Sentencia inicial del Tribunal de Jurado que fue revocada en apelación era una Sentencia absolutoria respecto del recurrente de amparo. Cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, al acusado se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado y bastándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena. Ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exigen la existencia de pruebas suficientes que justifiquen la inocencia del acusado. Y, por ello, el juzgador no tiene la obligación de exteriorizar su convicción acerca de esas pruebas. La absolución del recurrente en amparo fue la consecuencia de un veredicto de "no culpable" para cuyo dictado, ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exigen al juzgador el convencimiento sobre la existencia de pruebas que avalen razonablemente la inocencia del acusado.

4 En este caso concreto, el acta del Jurado, de conformidad con el veredicto, y frente a lo que se afirma en la Sentencia mayoritaria, no guarda silencio sobre la conducta del recurrente en amparo. En efecto, el acta sigue un razonamiento secuencial y por inferencia (adecuado a la naturaleza fáctica de las conclusiones que ha de alcanzar) que culmina con la siguiente afirmación en su apartado tercero: "encontramos al acusado Moisés M. V. no culpable del delito de asesinato por mayoría". O, lo que es lo mismo, el Jurado llegó a la conclusión de que no se aportaron pruebas suficientes para remover la presunción de inocencia del acusado, prevaleciendo ésta como exige el art. 24.2 CE.

Por lo demás resulta evidente que así lo entendió también el Magistrado-Presidente, quien en la Sentencia absolutoria, tras declarar en los hechos probados que "no consta que Moisés auxiliara a los anteriores acusados o para caso de haber colaborado en la cremación del cadáver, nadie le ha acusado de encubrimiento", afirma que "no se ha acreditado que los otros dos acusados (véanse sus propias declaraciones) hayan ejecutado materialmente la muerte" (fundamento de Derecho cuarto). Cumplió, pues, la Sentencia con las exigencias del art. 70.1 LOTJ y del art. 120.3 en relación con el art. 24.2 CE: inclusión de hechos probados y del delito objeto de absolución, de acuerdo con el acta de votación del Jurado.

5 Frente a este modo de razonar, acorde con la motivación constitucional y legalmente exigible a las sentencias absolutorias y el reconocimiento constitucional del Jurado como forma de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia (art. 125 CE), las Sentencias recurridas aplicaron un canon de motivación que ni siquiera es exigible, según nuestra jurisprudencia, a las sentencias condenatorias. Así sucede cuando se afirma por la Sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que "no cabe aceptar como motivación suficiente una simple mención referencial a algunos medios de investigación o de prueba, sino que resulta absolutamente necesario explicar, siquiera de modo elemental y sucinto, por qué se aceptan unas declaraciones y se rechazan otras, por qué se atribuye mayor credibilidad a unos que a otros, por qué se prefiere una declaración prestada en la comisaría de policía a otra prestada en el acto del juicio, o qué parte o partes de las distintas y contradictorias declaraciones de los acusados deben prevalecer y por qué sobre el resto" (fundamento de Derecho segundo). Consideraciones que reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo para concluir, en su fundamento de Derecho tercero, "que el veredicto adolece, no ya sólo de auténtica concreción, sino de una mínima motivación".

6 Tales consideraciones resultan incompatibles, en nuestra opinión, con el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el deber constitucional de motivación de las sentencias, esto es, con la motivación exigible a las sentencias absolutorias, motivación que no puede ser nunca equivalente a la de las sentencias condenatorias, que han de quebrar la presunción de inocencia del acusado (apartados 1 y 2 del art. 70 LOTJ). Pues bien, tal exigencia por los Tribunales de apelación y casación de más motivación, de una motivación reforzada si se quiere así calificar en los términos que han quedado reproducidos, resulta arbitraria, suponiendo una interpretación extensiva del motivo de apelación estimado por la Sentencia recurrida en amparo ("quebrantamiento de las normas y garantías procesales que causare indefensión": art. 846 bis.c.a LECrim) y un uso abusivo de las facultades de revisión legalmente establecidas, desconectado del fundamento constitucional de la exigencia de motivación y de la prohibición de indefensión de las partes acusadoras en el proceso penal que, además, pone en cuestión las reglas del proceso justo, al romper el equilibrio de intereses entre las partes en el proceso, en detrimento de los del acusado, cuya presunción de inocencia resulta ignorada con el efecto de sometimiento a un nuevo juicio ante Jurado.

Si, como dice la doctrina establecida por el TS al decir, como en la sentencia de 4 de julio de 2005, que : "...la exigencia de condena cuando se ha acreditado el hecho y la culpabilidad ha de pretenderse por los cauces de la legalidad ordinaria y no es correcto hacerlo bajo el amparo constitucional, sino por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestren el error del juzgador, o bien por error de derecho cuando, con el supuesto de hecho recogido como probado por la sentencia de instancia, la aplicación de los correspondientes preceptos aparezca equivocada..."; en la medida que el control de la valoración de la prueba está ausente del proyecto, -que excluye ese error como motivo del recurso- lo razonable será **restringir la impugnación de las sentencias absolutorias al supuesto de total arbitrariedad, objetivamente constatada, en la motivación y siempre solamente como hipótesis de invalidez.**

Fuera de esa hipótesis en cuanto al hecho probado o no probado, contra las sentencias absolutorias los únicos motivos alegables serán la invalidez del procedimiento o el error *in iudicando in iure*.

2.1.3.- *la infracción de normas constitucionales o legales en las que se base la impugnación.*

Con más precisión la LOTJ recoge ese motivo acotándolo mediante la exigencia de que tal infracción surja en relación con la **calificación** jurídica del hecho o la **determinación de las consecuencias** jurídicas.

La cuestión de la concreción del motivo adquiere realce si se advierte que los hechos, tal como vienen declarados en al recurrida, son intangibles desde este motivo del recurso.

No solamente en la casación, también en la apelación queda **excluido el motivo error en la apreciación de la prueba** que la actual LECR considera infracción de ley. Con razón decía Montero Aroca que en la LOTJ la inalterabilidad del hecho probado era más estricta que en la casación, ya que esta admitía el motivo error en la valoración de la prueba. Ahora ambos recursos se equiparan. Ya solamente caben errores *in iudicando in iure*, pero no *in iudicando* al valorar la prueba.

La declaración de **hechos probados solamente puede alterarse** si se estima alguno de los **otros motivos: conculcación de la presunción de inocencia**, dando lugar a la absolucón, **o déficit motivador**, dando lugar a la anulación de la sentencia, **pero, en ningún caso, a una sentencia de condena por el órgano ad quem.**

De ello deriva que la doctrina de la STC 167/2002 y su rectificación por la STC 338/2005 ha quedado sin objeto por imposibilidad de hipótesis aplicativa

Esta interpretación extensiva de los motivos del recurso de apelación frente a sentencias absolutorias dictadas en juicios ante Jurado, soberano para valorar las pruebas, desconoce nuestra jurisprudencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de las partes acusadoras en un proceso penal frente al "reforzado estatuto constitucional del acusado" y la "trascendencia constitucional" de las sentencias penales absolutorias (STC 4/2004, de 14 de enero).

2.1.4.- Además, el recurso podrá fundarse en la aparición de **hechos nuevos**".*

Obviamente no se trata de hechos determinantes de un nuevo objeto del proceso. Este motivo ha de entenderse como un adelanto respecto del momento para su alegación para la impugnación de la cosa juzgada, como motivo del recurso de revisión. Art. 954.4º LECr.

Pero si ese hecho se alega para demostrar la verdad o falsedad de la acusación, además de que tal alegación justifique la práctica de prueba en ante el órgano *ad quem*, lo que resulta cuestionable es que esta conclusión pueda realizarse prescindiendo de la valoración de los demás medios de prueba.

En consecuencia debe resolverse **cual será la consecuencia** de la conclusión probatoria que acepte la veracidad del hecho nuevo alegado.

Razonablemente, dado que el órgano ad quem no puede valorar los medios de prueba de los **otros hechos**, si estima que los nuevos **cuestionan** la valoración de la sentencia apelada, solamente debería admitirse que se **reiterase el juicio**. Y, precisamente por ello, tal hipótesis no debería ser admitida si no **cuando sea el condenado el apelante**. Nunca si la apelada es una sentencia absolutoria.

2.2.- En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado

El art. 846 bis c) se mantiene en su redacción actual. Nada varía, en principio, respecto a la regulación legal anterior de los motivos alegables. Salvo el desmoronamiento de la coartada del TS autorizando la revisión del hecho por el TSJ en apelación.

Dada la inalterabilidad del hecho probado, como dijimos, **no cabe invocar infracción de ley - bajo alegación del derogado 849.2º- en relación con la fijación del hecho probado**. Una vez más aquí el legislador había dejado claro que la declaración de hechos probados solamente es cuestionable en apelación si se hace en relación con la garantía de la presunción de inocencia, es decir para instar la absolución porque aquella declaración carezca **de toda base razonable**.

Una lamentable línea jurisprudencial del TS admite discutir en la apelación el motivo previsto para la casación en el art. 849.2 por la "potísima" (dice el TS) razón de que cabe alegarlo ante el TS, también en este procedimiento, y debe evitarse que el TS conozca de lo que no conoció el TSJ.

¿Resultará tan exótico admitir que lo que el TS conoce en ese procedimiento es la sentencia del TSJ y no la del Magistrado Presidente y que, por ello, solamente puede revisar si el TSJ actuó correctamente en el uso de sus atribuciones? Realmente ¿cabe tachar al legislador de la LOTJ de olvidadizo, como le reprocha el Sr. Montero Aroca³⁸, por no expresar que no cabe plantear al TS un recurso ex art. 849.2º LECr? O más bien ese reproche es, descortesía aparte, fruto de un inaceptable prejuicio de ineptitud en relación al intérprete que debe aplicar la norma en dicho recurso de casación?

³⁸ Véase "Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado" Comares 1996 pag. 170.

En cualquier caso la ya advertida eliminación, que hace el proyecto, del error en la prueba también como motivo de casación, acabará, si prospera, con esta abrogante jurisprudencia.

2.3.- En el procedimiento ordinario

La regulación de los motivos del abreviado han de entenderse generalizados a los demás recursos de apelación. (Art. 846 bis 5 LECr según el proyecto)

2.4.- En el juicio de faltas

También aquí se generaliza la opción del sistema del abreviado por virtud de la remisión del art. 976, cuya reforma en el proyecto no afecta a este aspecto.

3.- Procedimiento

3.1.- Abreviado

3.1.1.- Interposición (790.1)

El **plazo** es el de los *diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia* a quien interpone el recurso. El día inicial parece que no será el de la última notificación a todas las partes. Lo que resultaría poco coherente con la decisión en materia de casación. Ahí el día inicial es el de la última notificación.

Durante este período se hallarán las actuaciones en la Oficina judicial a disposición de las partes, las cuales en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones, con suspensión del plazo para la interposición del recurso. El cómputo del plazo se reanudará una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas.

*El escrito de formalización del recurso se presentará **ante** el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre los diversos motivos admisibles (790.2).*

El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia".

Admitido el recurso, el secretario judicial dará traslado del escrito de formalización a las demás partes por un plazo común de diez días. (790 5).

3.1.2.- Impugnación y adhesión

Dentro de este plazo habrán de presentarse los escritos de alegaciones de las demás partes, en los que podrá solicitarse la práctica de prueba en los términos establecidos en el apartado 3 y en los que, también por estas partes, se fijará un domicilio para notificaciones (790. 5).

En dichos escritos podrá formularse la adhesión al recurso, tal como vimos anteriormente.

Conforme al apartado 6, no derogado, presentados los escritos de alegaciones, o precluido el plazo para hacerlo, el Secretario, en los dos días siguientes, dará traslado de cada uno de ellos a las demás partes y elevará a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

3.1.3.- Prueba y Vista

A) Admisión de prueba en la segunda instancia.

En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente, y en los de impugnación los apelados, la práctica de: (790.3)

- a) diligencias de **prueba sobre hechos nuevos**,
- b) de aquéllas que **no pudo proponer** en la primera instancia,
- c) de las propuestas que le fueron **indebidamente denegadas**, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y
- d) de las admitidas que **no fueron practicadas** por causas que no le sean imputables.

El recurrente podrá, además, solicitar la **reproducción**, ante el Tribunal competente para conocer del recurso, de los fragmentos de **grabación** relativos a la prueba practicada en primera instancia³⁹.

B.- ¿Para qué la prueba?

El proyecto que ha copiado el modelo de apelación de la LOTJ en cuanto a los motivos, se separa del modelo en este aspecto La LOTJ, en efecto, no admite la práctica de

³⁹ A estos efectos el nuevo art. 743 ya prevé que: "...El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. La grabación se efectuará bajo la fe del secretario judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

Si los medios de registro a que se refiere el apartado anterior no pudieran utilizarse por cualquier causa técnica, la vista se documentará por medio de acta realizada por el secretario judicial. En este caso, el secretario judicial extenderá acta de cada sesión que se celebre, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.

Cuando las vistas se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, el acta deberá consignar, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración; asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el juez o tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

Al acta a que se refiere el párrafo anterior se incorporarán los soportes de la grabación de las sesiones.

En todo caso, el acta se extenderá por procedimientos informáticos, bajo la fe del secretario judicial, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación careciera de medios informáticos.

Al terminar la sesión el secretario judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes.

Las actas se firmarán por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes".

prueba en segunda instancia. Y no se hizo la copia bien, o con coherencia, porque **los motivos por los que la apelación puede plantearse, según el proyecto, hacen inútil, como lo es en la LOTJ, la práctica de prueba para decidir el recurso.** Sin perjuicio de los matices que puede implicar la admisión del motivo del hecho nuevo.

En efecto, **si la sentencia es absolutoria**, siendo improcedente alegar el motivo de infracción de la presunción de inocencia, el único motivo que podría alegarse, relacionado con la fijación de hechos, es el defecto del canon motivador. Pero tal constatación ha de derivar del propio discurso de la sentencia y no del contenido aportado por los medios probatorios. En consecuencia esta posibilidad de reproducción de tales medios ante el órgano *ad quem* debería tenerse por inadmisibles.

Es por eso que debemos considerar que el proyecto debería determinar la no subsistencia, por carente de objeto, de toda la doctrina del TC establecida en la sentencia 167/2002 y sucesivas. Y ello porque nunca puede pedirse en apelación contra una sentencia absolutoria que se "*condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados*" que es precisamente el supuesto a que aquella doctrina se refiere, y que solamente podría ocurrir ante "...pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora..."

La STC 338/2005 de 20 de diciembre, ha autorizado un control de la conclusión probatoria de la sentencia absolutoria. Estima que el órgano de apelación puede separarse "...del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por **no compartir el proceso deductivo** empleado a partir de **hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia** y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales..."

Que eso sea posible constitucionalmente no lo convierte en la más deseable de las soluciones. Y menos si, como fruto del control, se pretende admitir que el órgano *ad quem* pueda dictar una sentencia condenatoria. Quizás la única consecuencia debe ser la invalidez de la recurrida y la reiteración del juicio en nueva primera instancia. Y eso, reiteramos, siempre que la arbitrariedad sea objetiva e inequívoca.

En cualquier caso, si no cabe alegar el motivo de error en la prueba la hipótesis de tal STC ya no es concebible.

Por ello, el citado único motivo alegable en estas sentencias, que afecte al hecho, de ser estimado, no puede determinar otra sentencia que la declaración de nulidad y reiteración del juicio. Por ello en relación con estas resoluciones carece de toda justificación admitir prueba en segunda instancia.

Si la sentencia es condenatoria, la revocación solamente es posible bajo alegación del motivo de infracción de la garantía de presunción de inocencia, que, a este respecto, acogería ya la tacha de falta de motivación.

Pero, también aquí, el saber si la sentencia carece o no de toda base razonable es un juicio que no requiere contrastar el resultado de los medios de prueba en el juicio oral de la primera instancia con otras pruebas en la apelación. Desde luego nunca el recurso de casación, cuando la infracción de la garantía de presunción es el motivo alegado, ha pasado por la relectura o revista de la prueba practicada en la instancia. Y tampoco la apelación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado admitió la propuesta de prueba en la vista del recurso. Quienes copiaron ahora ese sistema de recurso de la LOTJ no advirtieron que esa ausencia de prueba ante el TSJ no era precisamente un olvido.

En consecuencia, salvo que el amparo de esa garantía sea burda coartada para seguir invadiendo ámbitos solamente admisibles a quien percibe con inmediatez la prueba, esta previsión es un absoluto absurdo y muestra de incoherencia en el legislador.

Como dejamos adelantado al estudiar ese motivo, la alegación de infracción de la garantía de presunción de inocencia, solamente remite al juez *ad quem* la responsabilidad de constatar si los medios de prueba practicados dijeron lo que el juez *a quo* dice que dijeron. Para ello, cuando el recurso impute falsedad al discurso de la sentencia, no debe practicarse nueva prueba sino examinar la constatación bajo fe pública de lo manifestado por acusados, testigos o peritos. Lo así constatado basta también para revisar la corrección lógica de la inferencia entre ese resultado y las afirmaciones que se pretende que son su consecuencia necesaria.

Solamente, de mantenerse tal motivo, tiene sentido practicar prueba respecto a acreditación de hechos nuevos. Siquiera con las consecuencias que luego se dirán.

Finalmente coincidimos con Bernd Schünemann⁴⁰ cuando denuncia la improcedencia del sistema híbrido en el que el juez *ad quem* reúne la valoración de la prueba practicada ante él con el "examen externo" a que somete la practicada en la instancia.

Además tal solución solamente tendría justificación si al órgano *ad quem* le incumbiese la responsabilidad de dictar nueva sentencia con declaración alternativa de hechos probados. Lo que, obviamente no cabe si el motivo alegado es la quiebra de la presunción de inocencia o la invalidez de la sentencia por motivos procesales.

C).- Vista

El nuevo art. 791 establece

1. Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

⁴⁰ "La reforma del proceso penal" en Cuadernos Luis Jimenez de Asúa. Dykinson 2005 pag. 95.

2. *El secretario judicial señalará la vista dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes. La víctima deberá ser informada por el secretario judicial, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención.*

La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella. A continuación, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.

Tal regulación es muestra de la obstinación del legislador en eludir el mandato constitucional de la preferencia de la oralidad especialmente en el ámbito criminal.

3.1.4.- Decisión

La sentencia habrá de dictarse en 5 ó 10 días según, respectivamente, que se celebre vista o no, contados en este último caso desde la recepción en la Audiencia. Los nuevos apartados 2, 3 y 4 del artículo 792 quedan redactados como sigue:

*Quando la sentencia apelada sea **anulada por infracción de las garantías procesales**, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que **se reponga** el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.*

*Contra la sentencia dictada en apelación cabrá recurso de **casación**, sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes y de lo previsto en el artículo siguiente para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado. Los autos se devolverán al juzgado a efectos de ejecución del fallo.*

El secretario judicial notificará la sentencia a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa".

La redacción del precepto no puede decirse que resuelva todas las cuestiones que derivan de la estimación de los diversos motivos.

a) Si se parte por el legislador de que la presunción de inocencia -en cuanto regla de juicio- no es una garantía procesal, cuando el órgano *ad quem* considere que ha sido vulnerada ¿ha de devolver al órgano a quo la responsabilidad de dictar una nueva sentencia? ¿celebrando incluso nuevamente el juicio en su totalidad? No parece que esa sea la solución correcta.

Al respecto cabe citar la diferente respuesta que, en sus respectivos ámbitos, dan el TC y el TS. El TC, en el Auto134/1992 relativo a su anterior sentencia 140/1991⁴¹, establece que el amparo dado por lesión de la presunción de inocencia anula la sentencia que la conculca sin que sea admisible la retroacción en el procedimiento penal por ser inacep-

⁴¹ "La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo" Marc carrillo y LJ Mieres Mieres en la colectiva "Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo" Tirant lo Blanch. Valencia 2006 pag.491.

table desde la perspectiva constitucional que se llegue a dictar nueva resolución de fondo, reiterando así el *ius puniendi* del estado respecto del recurrente en amparo. Por el contrario el TS a través de su versión morfológica del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª adoptó el acuerdo de 15 de diciembre de 2000 decidiendo que sería su criterio jurisdiccional que ¡la misma Sala 2ª! Cuando estime vulnerado ese derecho fundamental dictará la sentencia que estime pertinente atendido⁴².

La limitación de la competencia del órgano *ad quem* para entrar a decidir sobre la actuación del *ius puniendi*, si disiente de la sentencia apelada, constituye una pieza básica del modelo en el que se ven implicados tanto la garantía del penado a la revisión del fallo condenatorio, como el derecho a la tutela judicial de la acusación

b) Se plantea la cuestión de si satisface el derecho del acusado condenado a la revisión de su condena por un tribunal superior el que la absolución pueda establecerse en la sentencia del órgano *ad quem*, a través del estrecho cauce de este motivo. Porque esa absolución no podría ser alcanzada por el condenado apelante aunque hubiera podido demostrar que **era más razonable otra valoración de la prueba**, diferente de la efectuada por el órgano *a quo*, aunque la de éste respete la garantía constitucional de presunción de inocencia.

c) La inatacabilidad de la declaración de hechos probados de la sentencia absoluta afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación. El acusador solamente puede ver revocada una sentencia absoluta si demuestra que la motivación es absurda. Pero no puede postular la condena por argumentar que es **más razonable otra valoración de la prueba**.

La dificultad estriba en que esa alternativa de valoración, en el orden penal, solamente es admisible si quien realiza la nueva valoración recibe por sí y ante sí mismo la prueba cuya valoración exija inmediatez.

Lo que no es admisible es que el órgano *ad quem* pueda efectuar esa sustitución de los hechos declarados probados contando únicamente con algunos medios probatorios. La alternativa de valoración solamente resulta razonable si el *ad quem* está **en la misma situación que el *a quo* y respecto a la totalidad de los elementos probatorios** que han de ser valorados.

Y desde luego debe convenirse en que "ver" la grabación de un juicio oral no equivale a presenciar el mismo, por lo que la previsión de tal revisión en segunda instancia sigue siendo inaceptable, incluso en la última versión del proyecto.

Si los compromisos internacionales se pueden considerar satisfechos con las posibilidades revisoras que abre la garantía de la presunción de inocencia, nada impide que la opción en cuanto a la posibilidad de alternativas valoradoras de prueba se decante por **soluciones diversas** atendiendo a las características del procedimiento seguido en la primera

⁴² Según cita en el mismo lugar de la anterior.

instancia, al tipo de órgano ante el que este se sigue y a la diferente entidad que tiene el derecho a la revisión de su condena por el penado en relación a la que puede pretender la acusación.

Así, cuando sea el penado el que recurra, si, aún admitiendo que la garantía de presunción de inocencia ha sido satisfecha, pretende que se instaure otra declaración de hechos probados y el juicio ha sido seguido ante un órgano unipersonal, debe poder instar la repetición de prueba ante el órgano *ad quem*. La sentencia de éste, además de revocar la apelada, podrá decidir sobre el fondo. Obviamente, fundándose en tal razón la esperanza de un mayor acierto que justifique tal atribución para el órgano revisor, éste nunca podría ser unipersonal.

Por el contrario, cuando la sentencia apelada lo sea de un tribunal colegiado, o en caso de sentencia absolutoria, cualquiera que sea el órgano que la dictó, la apelación solamente podrá fundarse en la invalidez o en errores *in iudicando in iure*.

Por lo que se refiere al canon de motivación recibiría tratamiento de garantía procesal. Aunque se mantenga erróneamente la inclusión del deber de motivar en el contenido de tal garantía constitucional, la censura de la motivación tendrá que tener una consecuencia diferente a la de la estimación del motivo por quiebra de alguno otro de los elementos del contenido del derecho a la presunción de inocencia. El éxito de este motivo nunca autorizará al órgano *ad quem* a proclamar una diferente versión de hechos probados.

3.2.- En el ordinario

Se establece en el art. 846 bis (nuevo) que *el recurso de apelación podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los 10 días siguientes a aquel en el que se les hubiere notificado la sentencia. Durante este periodo se hallarán las actuaciones en la oficina judicial a disposición de las partes, las cuales en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones, con suspensión del plazo para la interposición del recurso. El cómputo del plazo se reanudará una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas.*

Tal disposición es una reduplicación de la establecida para el anterior apartado.

El recurso de apelación se formalizará y tramitará de conformidad con lo establecido en los artículos 790 a 792 de esta Ley, si bien el plazo previsto para el señalamiento de la vista no excederá de 30 días y el previsto para dictar sentencia será de diez días, desde la celebración de la vista, ó 20 días, desde la recepción de las actuaciones por el Tribunal enjuiciador, cuando no hubiera resultado procedente su celebración”.

3.3.- En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado

El Artículo 846 bis d) queda redactado como sigue:

“Del escrito interponiendo recurso de apelación el secretario judicial dará traslado, una vez concluido el término para recurrir, a las demás partes, las que, en término de cinco días, podrán formular recurso supeditado de apelación. Si lo interpusieren se dará traslado a las demás partes.

Concluido el término de cinco días sin que se formule dicha apelación supeditada o, si se formuló, efectuado el traslado a las demás partes, el secretario judicial emplazará a todas ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia para que se personen en plazo de diez días.

Si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán por el secretario judicial los autos a la Audiencia Provincial, que declarará firme la sentencia y procederá a su ejecución".

Este trámite diverge del común en cuanto al tiempo para formular el recurso supeditado. En el abreviado la adhesión supeditada cabe dentro del plazo de diez días, común a ese efecto y para alegar contra la apelación principal.

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado no existe plazo para tales alegaciones, como tampoco para alegar contra el supeditado, pese a que se da traslado de este a las demás partes. La razón es obvia: en ese procedimiento siempre habrá de celebrarse vista y en ella se tendrá la ocasión para alegar.

En efecto la tramitación subsiguiente es la prevista en el artículo 846 bis e):

"Personado el apelante, el secretario judicial señalará día para la vista del recurso citando a las partes personadas y, en todo caso, al condenado y tercero responsable civil.

La vista se celebrará en audiencia pública, comenzando por el uso de la palabra la parte apelante seguido del Ministerio Fiscal, si éste no fuese el que apeló, y demás partes apeladas.

Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle".