

DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO  
CON TODAS LAS GARANTÍAS (ARTÍCULO 24.2  
DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA); OBLIGATORIEDAD  
DE UNA SEGUNDA INSTANCIA PENAL Y EXIGENCIA  
DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN EN LA PRÁCTICA  
DE LAS PRUEBAS POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN.  
LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
70/2002 y 167/2002

Isabel TAPIA FERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *El sistema de enjuiciamiento penal y la doble instancia.* II. *Exigencia de una doble instancia penal generalizada. El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, y el papel que cumple en nuestro sistema procesal el recurso de casación.* III. *La segunda instancia y la exigencia de inmediación judicial, como requisito del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.* IV. *El cambio de doctrina efectuado por la STC 167/2002, del 18 de septiembre.* V. *El derecho fundamental al debido proceso exige la inmediación judicial en la valoración de las pruebas “personales”.* VI. *Necesidad de afrontar una reforma integral de la segunda instancia penal en el sistema procesal español.*

I. EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y LA DOBLE INSTANCIA

Entre las profundas (y, por otra parte, inevitables) reformas que ha venido padeciendo nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim.,

\* Catedrática de derecho procesal en la Universidad de las Islas Baleares, España.

del 14 de septiembre de 1882) a lo largo de sus casi ciento veinticinco años de vigencia, se destaca aquí una, que afecta a la propia estructura del proceso penal: la de introducir en nuestro sistema procesal penal una segunda instancia o un segundo grado jurisdiccional en un tipo de proceso como el concebido por el legislador español a finales del siglo XIX, que sólo conocía una instancia única y un posible recurso extraordinario de casación.

El proceso penal regulado en la originaria LECrim., de única instancia para todo tipo de delitos, atendía a una sencilla y clara idea, propia de un sistema de enjuiciamiento penal moderno y garantista: el proceso se estructura en dos fases, una de instrucción o investigación y otra de juicio oral, encomendadas a dos órganos jurisdiccionales diversos (el juez de instrucción y la Audiencia Provincial). El juicio oral está presidido por los principios de oralidad, concentración e inmediación, de tal modo que la sentencia que dicte la Audiencia tras la celebración del juicio oral recoja las percepciones y “sensaciones” que el tribunal colegiado haya interiorizado en la práctica de las pruebas que ante él se han celebrado. Entre las pruebas que se ofrecen al tribunal para intentar lograr su convicción y el propio tribunal que va a enjuiciar (emitir el juicio) no se interpone obstáculo alguno (ni espacial ni temporal), y el tribunal encargado de valorar esas pruebas ante él practicadas va a sentenciar la causa “apreciando en conciencia las pruebas practicadas” con contradicción y toda suerte de garantías.

A esta forma de idear el proceso (impeccable en su concepción, y en consonancia con los esenciales principios del enjuiciamiento criminal) le seguía una lógica consecuencia: si el proceso penal se estructuraba en una sola instancia jurisdiccional, con dos fases bien delimitadas (en su funcionalidad y en su estructura y principios), cuya conclusión era la emisión de una sentencia por un tribunal imparcial que había presidido el juicio y fundado su convicción en las pruebas ante él practicadas (sin intermediarios ni obstáculos), era lógico que no fuera conveniente instaurar una propia segunda instancia o segundo grado jurisdiccional que pudiera revisar *in integrum* lo realizado en la primera instancia. Porque, una de dos, o ese tribunal superior en grado volvía a celebrar todo el juicio ante él para formar su convicción de forma inmediata y “en conciencia”; o ese tribunal superior debería revisar lo hecho por el inferior pero sin percibir ni “sentir” las pruebas que se realizaron alejadas en el tiempo y ante otro órgano enjuiciador. Cualquiera de las dos soluciones era desaconsejables

por diversos motivos. Y así, nuestro legislador decimonónico (pero certero en su construcción procesal) entendió que bastaba con una única instancia dotada de todas las garantías en el enjuiciamiento, y que sólo ante errores en el proceder o en el juicio de derecho cabría acudir a un supremo tribunal para que revisara y, en su caso, casara una sentencia dictada con ese tipo de errores.

Este esquema procesal penal vino funcionando (y bien) en España hasta bien entrado el siglo XX; hasta que en la década de los sesenta se hizo patente el agobio del tribunal supremo que conocía en casación de recursos contra cualquier sentencia dictada en cualquier causa por delito.<sup>1</sup> Con el fin de reducir en número de causas criminales susceptibles de ser recurridas en casación, se crearon unos procedimientos denominados “de urgencia”. De este modo, se sustrajo del único procedimiento penal ordinario por delito hasta entonces existente, unos procedimientos destinados a sustanciar causas por delitos menos graves, de modo que éstas tuvieran una tramitación más ágil (“procedimientos de urgencia”); al tiempo que, para aquellos procedimientos de urgencia con penas no excesivamente graves (y sin posibilidad de acceso al recurso de casación), se estableció una posible segunda instancia ante un órgano jurisdiccional superior jerárquico, pero a costa de dejar en manos de un solo juez todo el procedimiento penal de la primera instancia en sus dos fases —de investigación y enjuiciamiento—, de modo que el mismo órgano judicial investigador celebraba el juicio oral y emitía la sentencia.

Como era de suponer, con el cambio de régimen en mi país, y con la Constitución que nos regaló la recién estrenada democracia, el sistema procesal penal vigente en esos momentos para el enjuiciamiento de delitos menos graves no podía sostenerse, pues violaba frontalmente el fundamental principio de que el juez que enjuicia y dicta la sentencia no puede ser el mismo que ha instruido la causa, porque es un juez “contaminado”. Y así, tras sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos juzgados españoles, el Tribunal Constitucional declaró que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal. Era, pues, imprescindible y apremiante que se reformara el sistema de enjuiciamiento de las causas por esos delitos “menores”.

<sup>1</sup> Para el enjuiciamiento de las faltas sí que existía una segunda instancia, a través del recurso de apelación de las sentencias que dictaban los jueces municipales encargados de su enjuiciamiento en primer grado.

Para solucionar el problema, se crearon una nueva clase de órganos unipersonales, los jueces de lo penal, cuya competencia funcional quedó establecida para enjuiciar las causas por delitos menores que habían tramitado los jueces de instrucción. Pues bien, para ese tipo de delitos, el legislador estableció que tras la sentencia dictada por los juzgados de lo penal, se pudiera interponer un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que conociera de una segunda instancia o un segundo grado jurisdiccional.

De este modo, en enjuiciamiento penal, en lo que ahora nos interesa, quedó estructurado de la siguiente manera: para el enjuiciamiento de las faltas y de los delitos considerados menos graves, se establecía un sistema de doble instancia sin posibilidad de interponer posteriormente recurso de casación ante el tribunal supremo. Mientras que para el enjuiciamiento de los delitos considerados más graves se seguía el esquema tradicional según el cual el proceso se estructuraba en una única instancia, seguida de un posible recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso.

Dejando a un lado la opinión que pueda merecer el hecho de que para el enjuiciamiento de los “crímenes” menos graves se conceda una doble instancia, mientras que para los más graves sólo se establezca una única instancia, más un posible recurso extraordinario ante el tribunal supremo, lo cierto es que esta segunda instancia instaurada en el ámbito penal no ha dejado de producir dudas y perplejidades al jurista. La literatura patria existente al respecto<sup>2</sup> es abundante y no viene al caso exponerla aquí. Baste resumir muy sintéticamente las principales críticas y sus posibles soluciones.

Por una parte, se ha sentido la necesidad de estructurar un segundo grado jurisdiccional en el proceso penal como consecuencia de la interpretación que se ha venido haciendo de la normativa internacional; en concreto, del mandato contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que en su artículo 14.5 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 la prescrito por la ley*. Y, por otra, la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional ha venido haciendo de ese segundo grado (exigido por el artículo 14.5 del PIDCP) ha debido ajus-

<sup>2</sup> Cfr., por todos, Calderón Cuadrado, *La segunda instancia penal*, Aranzadi, 2005.

tarse a lo preceptuado por el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (y por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo interpreta), que establece la garantía del proceso justo, o lo que es igual, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin indefensión.

Con base en sendas normas, las disensiones doctrinales y jurisprudenciales se han venido sucediendo en los últimos años. La polémica se centra, fundamentalmente, en torno a dos cuestiones: en primer lugar, la de averiguar si el artículo 14.5 del Pacto obliga a instaurar una segunda instancia propiamente dicha y de modo generalizado en nuestro proceso penal, y, en su caso, si el recurso de casación existente en nuestro sistema podría jugar el papel impuesto por el Pacto, como medio de “revisión” del fallo condenatorio y de la pena impuesta. En segundo lugar, si la garantía constitucional del proceso justo exige que esa segunda instancia o segundo grado jurisdiccional se estructure de forma que el órgano jurisdiccional de apelación presencie las pruebas sobre las que va a basar su sentencia revisora.

Expondré, a continuación, la situación legal y jurisprudencial de sendos interrogantes.

## II. EXIGENCIA DE UNA DOBLE INSTANCIA PENAL GENERALIZADA.

### EL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, DE NUEVA YORK, Y EL PAPEL QUE CUMPLE EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL EL RECURSO DE CASACIÓN

En cuanto a la primera cuestión, esto es, si el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Nueva York obliga a configurar nuestro proceso penal con una verdadera y propia segunda instancia, o esa función revisora la puede cumplir el recurso de casación (único que cabe contra las sentencias dictadas en primera instancia en los procesos por delitos graves) nuestra doctrina constitucional se ha planteado en numerosas ocasiones dicha cuestión, y ha terminado por considerar que, efectivamente, dicho recurso (que, no se olvide, es el único que cabe contra las sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Provincial en las causas por delitos más graves) cumple la función revisora y garantizadora exigida por el artículo 14.5 del Pacto, a pesar de su cognición restringida. Pues lo cierto es que de la lectura de dicho artículo no se desprende la obligato-

riedad de una doble instancia, sino la de un sometimiento del fallo y de la pena impuesta a un tribunal superior, y estos requisitos los cumple nuestra casación penal.

Esta doctrina, expuesta en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional,<sup>3</sup> ha sido exhaustivamente plasmada en la Sentencia del 3 de abril de 2002 (STC 70/2002), donde se planteó abiertamente la posible inadecuación —a juicio del recurrente de amparo— del recurso de casación para garantizar el derecho de todo condenado a un doble grado de jurisdicción. En este caso, el recurrente entendió vulnerado el derecho al doble grado de jurisdicción garantizado en el artículo 14.5 del Pacto e incorporado a las garantías procesales del artículo 24 de nuestra Constitución. Entendía que, pese a que su inicial sentencia condenatoria pudo ser recurrida en casación ante el tribunal supremo, el sistema casacional español sería inidóneo para garantizarlo, por cuanto la prueba sólo puede ser revisada en el estrecho cauce que ofrece el artículo 849.2 LECrim. Cita en su recurso el artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y se apoya también en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del 11 de agosto de 2000, en un caso (Gómez Vázquez vs. España) en el que —según el recurrente— declaró contrario el sistema casacional español a este derecho y al artículo 14.5 del Pacto.

El Tribunal Constitucional, en esta Sentencia 70/2002, reconoce la existencia de ese Dictamen del Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas, según el cual España habría vulnerado el artículo 14.5 del Pacto, al limitarse la revisión casacional sólo a razones jurídicas sin posibilidad de efectuar una nueva valoración de las pruebas. Pero no otorga el amparo solicitado porque cuestiona nuestro Tribunal Constitucional la competencia del Comité para emitir resoluciones de general observancia así como la función de dicho Comité, que carece de facultades jurisdiccionales, por lo que sus opiniones no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en SS TC 37/1988, del 3 de marzo; 20/1989, del 31 de enero; 80/1992, del 28 de mayo; 71/1992, del 13 de mayo; 29/1993, del 25 de enero; ATC 369/1996, del 16 de diciembre.

Recuerda asimismo el Tribunal Constitucional en esta Sentencia que:

si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el artículo 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la Resolución del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, del 30 de mayo de 2000 (TEDH 2000\244), los Estados parte “conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión.

Y termina afirmando que “una correcta interpretación de la casación penal permite que este recurso cumpla con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena por un Tribunal superior”; ya que:

de la lectura del artículo 14.5 PIDCP se desprende claramente que no se establece propiamente una “doble instancia”, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un “Tribunal Superior”, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades... En definitiva, conforme a nuestra doctrina, 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 artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado...

Finalmente, se afronta en esta Sentencia la más polémica cuestión, a saber, la de si es posible en la casación la revisión de los hechos, pues de

no ser así, no se adaptaría a esa exigencia del doble grado. El Tribunal Constitucional la resuelve de la siguiente manera:

Conviene, no obstante, realizar alguna precisión adicional respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, de la posibilidad de examinar los hechos probados. Y ello para poder responder a la cuestión de si existe o no la posibilidad de una «revisión íntegra» del fallo condenatorio y la pena impuesta, entendiendo por tal la que permite, junto a la revisión de los aspectos formales o legales de la Sentencia (lo que, conforme al Dictamen del Comité, por sí sólo no cumple con las garantías derivadas del Pacto), la revisión de los hechos probados en los que se fundamenta el fallo condenatorio.

Al respecto ha de señalarse, en primer lugar, que no es correcto afirmar, como pretende el recurrente, que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permita revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrece el artículo 849.2 LECrim. Actualmente, en virtud del artículo 852 LECrim, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional. Y a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, del 14 de enero, F. 2). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la «revisión íntegra», entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba.

La doctrina constitucional anteriormente expuesta es seguida por posteriores resoluciones, en las que se incide sobre esa:

asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilida-

des 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... Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal de Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (Auto del Tribunal Constitucional 104/2002, del 17 de junio).<sup>4</sup>

No obstante lo anterior, nuestra doctrina procesal patria se sigue cuestionando la conveniencia de generalizar la doble instancia en nuestro proceso penal, como medida de política legislativa. Se dice que sería preferible establecer una segunda instancia con carácter general, y reservar a la casación penal su auténtico sentido de recurso tendente a lograr la aplicación uniforme de la ley, al que sólo se pudiera acceder por el interés casacional.<sup>5</sup> Y, en este sentido, se sigue abogando por la extensión de la doble instancia en todos los procesos penales, de tal modo que se asegure la efectiva revisibilidad de las condenas por un tribunal superior.<sup>6</sup>

Esta ansiada generalización de la segunda instancia ha venido de la mano de la última Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por la LO 19/2003, del 23 de diciembre. Sin embargo, como se verá en el último epígrafe de este trabajo, esa norma orgánica generalizadora de una doble instancia para todo tipo de procesos penales<sup>7</sup> no ha sido desarrollada normativamente en la actualidad, creándose al tiempo una nueva polémica doctrinal acerca de si la aplicación inmediata de la segunda instancia generalizada por la Ley Orgánica reseñada es obligada

<sup>4</sup> En el mismo sentido, resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional avalan la anterior doctrina. *Cfr.* SS TC 157/2003, del 15 de septiembre; 80/2003, del 28 de abril.

<sup>5</sup> Es la opinión de Font Serra, "La exigencia de la doble instancia en el proceso penal", *Aportaciones del profesor Eduardo Font a la doctrina jurídica*, Madrid, 2004, p. 295.

<sup>6</sup> Al respecto, Calderón Cuadrado, *op. cit.*, nota 2, pp. 27 y ss.

<sup>7</sup> Recuérdese: para las faltas y los procesos abreviados (por delitos menos graves, castigados con penas no superior a 5 años de privación de libertad) existe un verdadero segundo grado jurisdiccional, a través del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia que abre una segunda. Pero para los procesos (ordinario o abreviado competencia de las audiencias provinciales) por delitos más graves (los castigados con penas de privación de libertad de más de 5 años) sólo existe una única instancia y un recurso de casación por infracción de ley, por quebrantamiento de forma, o por infracción de norma constitucional.

a pesar de la falta de normativa específica para los procesos por delito grave.

### III. LA SEGUNDA INSTANCIA Y LA EXIGENCIA DE INMEDIACIÓN JUDICIAL, COMO REQUISITO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

Aludiré, a continuación, al segundo interrogante que nos planteábamos en relación con la segunda instancia penal,<sup>88</sup> es decir, si en todo caso es exigible que se en ella cumpla la garantía judicial de la inmediación, de tal modo que el tribunal de la apelación dicte su sentencia revisora de la primera instancia habiendo “percibido” directamente y sin intermedarios la prueba que le va a servir para formar su convicción.

En este concreto punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado un vuelco importante a partir de la Sentencia del Pleno 167/2002, del 18 de septiembre.

Para poner al lector en condición de entender el problema que se plantea en el sistema español a este respecto, es necesario recordar que la regulación legal de la segunda instancia (en sede del procedimiento abreviado para el enjuiciamiento de delitos menos graves, y aplicable también a los juicios de faltas, por remisión expresa legal) se articula como una apelación limitada. En efecto, si bien el ámbito de la apelación no tiene restricción, ya que el recurso podrá versar sobre cualquier quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas, o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación; no obstante, no se configura la segunda instancia como un nuevo proceso en el que se haya de reproducir el acto del juicio. De este modo, el tribunal de apelación podrá revisar todo lo efectuado por el juez de primera instancia, pero siempre sobre la base del material (hechos y pruebas) que le sirvió sustento a aquél para dictar su sentencia (hechos y pruebas que se alegaron y practicaron en su presencia y que le llevaron a formar aquella convicción “en conciencia”). La segunda instancia —dice la profesora Calderón Cuadrado—.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Hasta el momento presente, en los procesos en los que la misma se ha implantado: el juicio de faltas y el procedimiento abreviados por delitos menos graves (castigados con penas de privación de libertad de hasta cinco años).

<sup>9</sup> *Op. cit.*, nota 2, p. 54.

ni provoca un nuevo proceso, ni comporta una automática y completa “devolución” de la cuestión litigiosa, ni tampoco implica la repetición de toda la actividad alegatoria y probatoria realizada en el grado. Muy al contrario. Si bien al tribunal *ad quem* le puede corresponder un ulterior enjuiciamiento de la causa —y por ello su decisión sobre el objeto del proceso sustituirá a la anterior—, sin embargo ejercerá tal función partiendo siempre de una pretensión impugnatoria basada en la comisión de cierto tipo de errores (*in iudicando*: fácticos y, en su caso y además, jurídicos) y de unos materiales recogidos en la fase de juicio oral ya celebrada... Puede afirmarse entonces... que en la legislación española el doble examen no conduce exactamente a lo que se conoce, siguiendo una terminología clásica, como un *novum iudicium*, sino que conlleva una, si se quiere matizada, *revisio prioris instantiae*.

Sólo se podrá celebrar prueba en la segunda instancia en los casos tasados y excepcionales que se prevé en la Ley (cuando aquéllas no pudieron ser propuestas en la primera instancia; cuando las propuestas fueron indebidamente denegadas, o cuando las pruebas admitidas no pudieron practicarse por causas no imputables a la parte). De no concurrir alguna de estas causas, el tribunal desestimarà la petición de prueba.

En estas condiciones, esto es, en un segundo grado jurisdiccional en donde el apelante puede alegar por escrito todo tipo de motivos de impugnación y en donde el tribunal de apelación podrá revisar todo lo actuado en la primera instancia, sobre la base del material aportado a ella, al legislador no le ha parecido oportuno establecer el trámite de una vista oral con carácter general; sino que la ha condicionado a que alguna de las partes haya propuesto prueba —en los excepcionales casos en los que ésta se permite— y ésta haya sido admitida, o a que el tribunal de apelación la acuerde porque estima necesario “para la correcta formación de una convicción fundada” (artículo 791 LECrim.).<sup>10</sup>

Por lo tanto, por una parte, el tribunal de apelación se encuentra a la hora de dictar su sentencia en idéntica situación a la del juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de los hechos a través de la valoración de

<sup>10</sup> Dice este precepto que “si los escritos de formalización (del recurso), o de alegaciones contienen proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y, en el mismo acto, señalará 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”.

la prueba. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al juez o tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, y le permiten efectuar una nueva valoración de la prueba sin condicionamiento alguno con todo el material obrante en las actuaciones, por la misma naturaleza del recurso de apelación.<sup>11</sup>

Pero, por otra parte, al tratarse de un sistema de apelación limitada, sin repetición del juicio ante el tribunal de segunda instancia, esta función revisora de lo efectuado en la primera instancia (de los hechos, las pruebas, el derecho aplicable y las garantías procesales) se realiza sin que ese tribunal de segundo grado haya presenciado las pruebas sobre las que va a basar su convicción.

Ante esta situación, la polémica estaba más que servida. Porque, efectivamente, el Tribunal de segundo grado —dice abundante jurisprudencia constitucional—<sup>12</sup> se encuentra en idéntica situación que el juez *a quo*, tanto por lo que respecta a las cuestiones de derecho como a las de hecho, pudiendo valorar las pruebas practicadas en primera instancia, y corregir la ponderación llevada a cabo por el juzgador *a quo*, y en esa corrección realizada por el tribunal de apelación, es muy posible que revoque la sentencia en la que el juzgador *a quo* absolvió al acusado por entender que las pruebas practicadas en el juicio oral no le habían llevado a una convicción de condena. Y que, al revocar la sentencia de primer grado, funde su convicción condenatoria en unas pruebas que no se han celebrado a su presencia, sino que han sido realizadas en el acto del juicio oral, ante un órgano jurisdiccional distinto, que las valoró de forma diferente a como lo hace ahora el tribunal de apelación. Ningún reproche de inconstitucionalidad se puede hacer a este sistema —según siempre la doctrina del Tribunal Constitucional a la que nos venimos refiriendo—, puesto que el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, y le permiten efectuar una nueva valoración de la prueba sin condicionamiento alguno con todo el material obrante en las actuaciones, por la misma naturaleza del recurso

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, las SSTC 145/1987, del 23 de septiembre; 21/1993, del 18 de enero; 157/1995, del 6 de noviembre; 230/1997, del 16 de diciembre; 96/1998, del 13 de octubre.

<sup>12</sup> *Cfr.*, a modo de ejemplo, las SS TC 124/1983; 323/1993; 102/1994; 152/1998; 120/1999, etcétera.

de apelación.<sup>13</sup> En consecuencia, es tan posible como frecuente la disparidad de criterio entre los juzgadores de primera y segunda instancia, sistema por otra parte irreprochable desde una perspectiva constitucional.<sup>14</sup> El tribunal de apelación,<sup>15</sup> apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio (artículo 741 LECrim.) puede llegar a un resultado contrario, incluso al convencimiento razonable y razonado de la culpabilidad de los antes absueltos, siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean de las que le proporcionan fundamento para su convicción. En estos casos, lo que hay es una discrepancia en la valoración de la prueba, hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del tribunal de apelación.

Cuando en esa *revisio prioris instantiae* lo que queda afectado es la interpretación del derecho que realizó el juzgador *a quo*, no se plantea problema alguno, puesto que en la aplicación de la norma al caso planteado no se ve implicado el principio de la inmediación. Pero cuando en la revisión que realiza el tribunal de apelación se ven afectados los hechos que se consideraron probados en la primera instancia, de tal modo que el tribunal de apelación valora las pruebas sobre ellos de modo diverso a como lo hizo el juez de primera instancia, el problema surge en toda su magnitud, por cuanto la distinta valoración de la prueba capaz de desvirtuar los hechos tal y como fueron declarados probados por el juzgador de primer grado se ha realizado con base en unas pruebas celebradas sin la presencia del tribunal que las va a revisar y, por tanto, con vulneración del proceso debido por ausencia de la exigida inmediación judicial.

#### IV. EL CAMBIO DE DOCTRINA EFECTUADO POR LA STC 167/2002, DEL 18 DE SEPTIEMBRE

Como era de esperar, el terreno estaba abonado para un cambio radical en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El precedente vino de la mano de una opinión discrepante a la tesis mayoritaria contenida en la STC 127/1997, del 14 de octubre. En esta sentencia se desestima el amparo solicitado con base en la uniforme doc-

<sup>13</sup> SS TC 145/1987; 21/1993; 157/1995; 230/1997, entre otras.

<sup>14</sup> Así lo proclaman las SS TC 102/1994; 120/1999; 139/2000, etcétera.

<sup>15</sup> Dicen las SS TC 124/1983; 105/1986; 323/1993; 102/1994; 139/2000.

trina del Tribunal Constitucional reseñada en el epígrafe anterior. Y se reitera la libertad del Tribunal *ad quem* para valorar las pruebas practicadas en la primera instancia “sin más limitación que las propiamente impuestas para la validez de aquéllas pruebas”. Sin embargo, a la sentencia le sigue un voto particular (del magistrado Ruiz Vadillo) discrepante, que supone el inicio de una nueva orientación doctrinal.<sup>16</sup> En efecto, en este caso, el voto particular se funda en la improcedencia de sustituir el tribunal de apelación la absolución del imputado por su condena, sin haber presenciado la declaración del testigo en el que se basó dicha condena; pues ésta la única prueba de cargo practicada en el juicio oral con base en la cual el juez de primera instancia absolvió al imputado por tener duda razonable respecto de su participación en el hecho delictivo, la intermediación judicial era necesaria

por las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración —lo que dijo, lo que calló, el gesto, la palidez del rostro, los titubeos, etcétera— del testigo víctima, única prueba de cargo, otro juez en grado de apelación sólo podrá sustituir la absolución por la condena en función de de la deficiente argumentación del primero, de un inequívoco error en la apreciación de la prueba, de la irracionalidad, de la falta de lógica o de la arbitrariedad del razonamiento, pero no en el puro voluntarismo.

Por ello, “tratándose de la prueba testifical que por esencia exige intermediación y paralelamente contradicción real o potencial, sólo puede llevarse a cabo una nueva y distinta valoración si se cumplen las exigencias

<sup>16</sup> “A mi juicio —se dice en este voto particular—, esa importante doctrina de la que partimos ha de ser objeto de aplicación en función de las circunstancias concurrentes, proyectadas siempre a las especificidades del proceso penal, que son comunes a la sentencia citada y a la que es objeto de ese voto particular. En efecto, no hay ningún inconveniente, o por lo menos los existentes son válidamente salvables, en que otro tipo de pruebas, siempre bajo la exigencia de los principios que son comunes a la actividad probatoria, especialmente en el proceso penal, se valoren de manera distinta por uno u otro juez, según las apreciaciones —que habrán siempre de razonarse— (artículo 120.3 CE) que cada uno extraiga de ellas. Pero respecto a la testifical no cabe decir lo mismo. Como consecuencia del principio de oralidad... surge en la fase probatoria la exigencia de inmediatividad —todo se tiene que probar en el juicio oral y sólo en él, salvo excepciones muy cualificadas que no son del caso—. En presencia del juzgador y únicamente con inmediatividad y contradicción se puede obtener la convicción de culpabilidad y fundamentar la sentencia”.

que de manera reiterada —y haciendo aplicación de los principios constitucionales— se vienen exigiendo”.

En los años inmediatamente posteriores a este voto discrepante, la doctrina constitucional sigue aferrada a la vieja interpretación, según la cual no se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías por una falta de inmediación del tribunal de apelación al valorar las pruebas practicadas en la primera instancia, cuando en la apelación no se solicitó ni practicó la excepcional prueba permitida en ella, sino que la Sala de apelación hizo suya las practicadas en la instancia, aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el juez *a quo*.<sup>17</sup>

No obstante, la semilla de la duda estaba dando ya sus frutos. Y la convicción de que con la anterior doctrina se estaba violentando el derecho fundamental al debido proceso (por falta de inmediación del tribunal sentenciador de segunda instancia) llevó al Tribunal Constitucional a “la necesidad de avocar al Pleno, para poder ejercer por éste la facultad de revisión de la precedente doctrina del Tribunal”, y la introducción de la tesis según la cual “en los casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción” (STC 167/2002, del 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 1o.).

La lectura íntegra de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, del 18 de septiembre, es de gran interés. Resumiré muy brevemente las declaraciones contenidas en ella, porque han significado una pauta inamovible en las declaraciones jurisprudenciales posteriores.

En primer lugar, razona el Tribunal en Pleno que la rectificación de la doctrina anterior se debe a una adaptación más estricta a la interpretación constitucional de un proceso con todas las garantías exigidas por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades públicas, del 4 de noviembre de 1950, tal y como ha sido interpretado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver diversos casos. En ellos, el TEDH proclama que habrá de examinarse en cada caso, según las particularidades del procedimiento nacional, si se cumple la exigencia de la garantía de inmediación en la apelación. Porque, si el tribunal de apelación sólo revisa cuestiones de de-

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, las SS TC 43/1997; 172/1997; 120/1999.

recho, y no de hecho, se cumplirán los requisitos del artículo 6.1 del Convenio, aunque el tribunal no haya tenido contacto personal con las pruebas. Pero cuando el tribunal ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial, cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el tribunal de apelación exige una nueva audiencia en presencia del acusado y de los demás interesados o partes adversas (fundamento jurídico 10).

En segundo lugar, examina el Tribunal Constitucional la adaptación de nuestra apelación a la anterior doctrina. Y afirma que:

el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho. Su carácter reiteradamente proclamado por este Tribunal de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación al Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*.

Pero en el ejercicio de esas facultades “deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE”.

En tercer lugar y centrándose ya en el caso planteado, dice esta sentencia que el tribunal de apelación al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones de los imputados, dependiendo de tal valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o la absolución de los recurrentes en amparo. Pues bien —dice la sentencia— el problema planteado consiste en determinar si en este caso el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración que hizo el juzgado, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción, y, por tanto, si cumplió con las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (fundamento jurídico 9o.).

En cuarto lugar, razona la sentencia que, en el caso concreto sometido a consideración, es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigían que el tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación (fundamento jurídico 11).

Como consecuencia de todo lo anterior, el tribunal entiende violado el derecho fundamental al proceso debido, por quiebra del principio de inmediación; y otorga el amparo solicitado con las consecuencias que más adelante expondré.

#### V. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EXIGE LA INMEDIACIÓN JUDICIAL EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS “PERSONALES”

La doctrina expuesta en la anterior y fundamental sentencia del Tribunal Constitucional, es seguida (y reproducida exactamente en su fundamentación) por las resoluciones posteriores.

Hasta el momento presente, más de un centenar de recursos de amparo se han interpuesto por esta causa: la vulneración del proceso debido, por falta de inmediación del tribunal de apelación que condenó al imputado absuelto en la primera instancia con base en la revisión de las pruebas que efectuó, valorándolas de modo diverso a como lo hizo el juzgador de primera instancia.

En todas estas sentencias (cuya cita es inútil, por repetitiva),<sup>18</sup> la doctrina constitucional se depura considerablemente; porque no siempre debe concederse el amparo solicitado.

<sup>18</sup> Cito, como resumen de todas ellas, una de las más recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, la 360/2006, del 18 de diciembre, la cual, después de aludir a la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, del 18 de septiembre, la resume así: “El respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria, y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolu-

En efecto, dado que nuestro sistema procesal penal no prevé en todo caso la celebración de vista en apelación; ni se estructura con base en una nueva repetición de las pruebas ante el tribunal de apelación, sólo existirá quiebra del derecho fundamental al proceso debido cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la apelación se plantee contra una sentencia de primera instancia que resultó absolutoria para el imputado.
2. Que el motivo de apelación concreto verse no sobre cuestiones de derecho (para lo que es intrascendente la intermediación judicial. La distinta calificación jurídica de los hechos declarados probados no precisa de intermediación alguna), sino sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas.
3. Que, aun así, no toda revisión de los hechos probados exige la intermediación constitucionalmente establecida, sino sólo aquélla que proviene de una nueva valoración y ponderación de las denominadas “pruebas personales”. Porque la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal —declaraciones de los imputados, declaraciones de los testigos— sólo puede ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen —el que asiste a la declaración del imputado o al testimonio— y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. De este modo, la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra de condena, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen di-

ción del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver, tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del referido derecho fundamental, exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente los testimonios de los testigos y la declaración de los acusados, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. De acuerdo con esta misma jurisprudencia la constatación de la anterior vulneración determina también la del derecho a la presunción de inocencia, si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena”.

- recto y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.
4. Que, según lo anterior, no procede conceder el amparo solicitado en los casos en los que la revisión del tribunal de apelación se ha efectuado por una nueva valoración de pruebas que no son “personales”; esencialmente (y existe abundante jurisprudencia al respecto) en relación con la prueba documental, porque en este caso —como afirma la S TC 168/2005, del 20 de junio— su valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza de prueba escrita, no precisan de intermediación.
  5. Que como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, la constatación en el recurso de amparo de la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, podría también determinar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, la consecuencia de apreciar la ausencia de intermediación del Tribunal al valorar las pruebas personales —con la consecuente invalidación de dichas pruebas—, puede dar lugar a dos situaciones:

- a) Si los medios de prueba indebidamente valorados por el tribunal de apelación (declaraciones de las partes, de los testigos) fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundase la condena, o fueran tan esenciales que sin esas pruebas la sentencia condenatoria no pudiera sostenerse, la consecuencia de su invalidez (por falta de intermediación judicial) acarrearía también la violación del derecho a la presunción de inocencia, por no existir en la causa prueba de cargo válida suficiente (un “mínimo de actividad probatoria”) para desvirtuar tal presunción. En consecuencia, el Tribunal Constitucional resolvería el amparo anulando la sentencia condenatoria dictada también con violación del principio fundamental de la presunción de inocencia.
- b) Si las pruebas (personales) indebidamente valoradas por el tribunal de apelación —por falta de intermediación— no son las únicas pruebas de cargo existentes en la causa, sino que la condena se ha basado también en pruebas de otra índole (pruebas escritas, fundamentalmente documentos o informes periciales escritos), la consecuencia es distinta: el Tribunal Constitucional declarará vulnerado

el derecho del recurrente en amparo a un proceso con todas las garantías en relación con las pruebas “personales”, declarándolas inválidas para fundar la convicción del juzgador; pero como no queda violado, además, el derecho a la presunción de inocencia, la consecuencia es que el Tribunal Constitucional ordenará la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia la sala de apelación, “a fin de que sea el órgano judicial competente quien decida con las pruebas que subsisten en el proceso si mantiene su conclusión condenatoria o, por el contrario, decide revisarla”.<sup>19</sup>

## VI. NECESIDAD DE AFRONTAR UNA REFORMA INTEGRAL DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL

A la vista de cuanto llevamos expuesto en relación con el sistema impugnatorio en el proceso penal español, y de las continuas declaraciones del Tribunal Constitucional para adaptar nuestro sistema a las exigencias de la normativa internacional, queda patente la necesidad de una reforma legal.

Por una parte, desde hace más de una década, se ha venido considerando que una futura reforma del sistema procesal penal español pasa por la extensión de la doble instancia de manera generalizada a todo tipo de procesos penales, y, por otra parte, en la estructuración de la segunda instancia no se puede dejar de considerar la exigencia de inmediación en la apreciación de las pruebas que inexorablemente la precisan.

La primera de las cuestiones queda hoy patentizada en la Ley Orgánica 19/2003, del 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, como queda dicho, prevé la generalización del segundo grado jurisdiccional en todo tipo de proceso. Sin embargo, la previsión orgánica no ha tenido desarrollo legal ordinario hasta el momento presente (existe, no obstante, un proyecto de ley en este sentido, al que haré referencia a continuación).

La segunda de las cuestiones aquí examinadas, tampoco aparece solucionada con las correspondientes normas procesales adecuadas, y me temo que tampoco tiene clara solución en el proyecto de ley que se encuentra en trámite en el Parlamento.

<sup>19</sup> La jurisprudencia constitucional es abundante al respecto. *Cfr.*, por todos, la STC 78/2005, del 4 de abril, y las sentencias allí reseñadas.

En efecto, en la regulación vigente, el artículo 791 de la LECrim. dispone que el tribunal de apelación señalará día para la vista en dos supuestos: o bien cuando las partes han solicitado (de forma excepcional, como se sabe) en sus escritos de alegaciones del recurso la práctica de prueba, o cuando, de oficio o a petición de parte, el tribunal estime necesaria la celebración de vista para la correcta formación de una convicción fundada. El precepto, pues, no exige que se celebre una vista en todo caso, y de ahí los problemas que se han venido produciendo en relación con la necesidad de intermediación, suficientemente tratados en las páginas anteriores.

Entre las propuestas de reforma que se han venido sucediendo en los últimos meses, citaré dos anteproyectos y un proyecto.

- a) En el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial (versión de fecha 23 de junio de 2005), no se contiene una reforma en este punto apreciable. Pues el artículo 790 LECrim. sigue refiriéndose a la posibilidad de celebración de vista en la apelación en los dos supuestos que recoge el vigente artículo: cuando los escritos de formalización o de alegaciones contenga proposición de prueba (en los tasados casos que excepcionalmente se prevén), o cuando el tribunal la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada. Por lo tanto, en nada se aparta la previsión legal a la normativa vigente.
- b) Sin embargo, en la versión que se da a conocer en fecha del 14 de julio de 2005: “Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y la Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad”, sí que aparece una modificación sustancial en este concreto aspecto que estamos tratando.

En efecto, el Anteproyecto, al regular esta cuestión, reforma la redacción del artículo 791, y le da la siguiente dicción:

Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, la Audiencia 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. La celebración de vista será obligatoria siempre que, solicitada por alguna de las partes, se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta al condenado.

Como se observa, el legislador de este Anteproyecto ha recogido la monolítica doctrina jurisprudencial elaborada a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, y ha establecido que la vista sea obligatoria cuando el recurso se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de la sentencia absolutoria o la agravación de la pena impuesta.

La norma, aunque muy imperfecta —repárese que impone la petición de parte, y no la implantación de oficio— supone un avance apreciable en orden a la solución del problema que tan reiteradamente se viene planteando.

- c) No obstante, sorpresivamente, en la redacción del posterior Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, del 27 de enero de 2006, aquella previsión desaparece, y el artículo 791 LECrim. suprime aquel párrafo en el que se establecía que “La celebración de vista será obligatoria siempre que, solicitada por alguna de las partes, se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta al condenado”.

Con esta supresión de la específica mención a la exigencia de vista para poder valorar las pruebas personales, la situación queda igual a como está en la legalidad vigente.<sup>20</sup> Se puede considerar, así, que la doctrina constitucional que emana de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 167/2002, y que es seguida sin fisuras por más de un centenar de resoluciones posteriores, seguirá marcando las pautas en orden a cumplir

<sup>20</sup> Únicamente la reforma viene referida a la posibilidad de solicitar en apelación la práctica de la prueba consistente en la reproducción, ante el tribunal competente para conocer del recurso, de los fragmentos de grabación relativos a la prueba practicada en primera instancia.

con la garantía del proceso debido, en su faceta de la exigencia de inmediación en la valoración de las pruebas personales.

No puedo vaticinar en qué medida afectará definitivamente la reforma proyectada a la segunda instancia penal —si es que llega a producirse. El parón en la tramitación del Proyecto de Ley es elocuente de la poca prisa con la que se trabaja—. Desde mi humilde punto de vista, el inconveniente principal para una adecuada reforma es que no se tiene claro el sentido de la misma,<sup>21</sup> ni se analiza con instrumentos técnicos adecuados el sistema impugnatorio penal, ni tampoco se le considera desde una perspectiva integral de política legislativa. De momento, esta es la situación actual. Entiendo que el Tribunal Constitucional no podía dejar de abordar el problema de la inmediación en la segunda instancia, en orden a no violentar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Corresponde ahora al legislador ordinario adaptar las normas de procedimiento a las declaraciones del intérprete máximo de nuestra Constitución.

<sup>21</sup> Advierta el lector que el citado Proyecto de Ley del 27 de enero de 2006 reforma también los motivos de apelación, suprimiendo el “error en la apreciación de la prueba” que contiene el artículo 790 de la LECrim. Si no se puede controlar en apelación los hechos y las pruebas, pienso que el prelegislador está ideando un recurso de apelación limitado a los solos errores procesales o de aplicación de ley sustantiva, pero no a los errores de hecho. Con ello, el sistema entero de la apelación no ha hecho otra cosa que retroceder; pues si no es posible la revisión de los hechos en la apelación, volveremos a cuestionarnos la adecuación de esta norma con el sistema de garantías establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.