

Revista del Ministerio Fiscal

nº 6, 2018



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

Los recursos de apelación y casación en el orden jurisdiccional penal

Revista del Ministerio Fiscal, año 2018, número 6

Director de este número: Rafael Escobar Jiménez, Fiscal del Tribunal Supremo.

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

María José Segarra Crespo, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Fernando Rodríguez Rey, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

Francisco Moreno Carrasco, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Pilar Fernández Valcarce, Fiscal de Sala de Sala del Tribunal Supremo

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Pilar Martín Nájera, Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Rosa Ana Morán Martínez, Fiscal de Sala de la Unidad de Cooperación Internacional

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, S. L.

Índice

1. PRESENTACIÓN	6
RAFAEL ESCOBAR JIMÉNEZ	
2. LOS RECURSOS DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS	8
JAIME LUACES MASAVEU	
1. Introducción.....	8
2. Sentencias recurribles y Tribunal competente	9
3. Procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015.....	9
4. Plazos para recurrir la Sentencia.....	10
4.1. ¿El plazo comienza desde la notificación a la parte, o desde la última notificación?	10
4.2. Otras cuestiones acerca de los plazos.....	12
4.2.1. ¿Se descuentan los días inhábiles?.....	12
4.2.2. Límite del plazo	13
4.2.3. Plazos en los delitos leves	13
4.2.4. Caso de renuncia de letrado o procurador.....	13
4.2.5. Plazos en el recurso adhesivo	13
4.2.6. Notificación por medios telemáticos	14
5. Recurso adhesivo	14
6. ¿Cabe recurrir una Sentencia dictada de conformidad?.....	16
7. Nueva regulación del recurso de apelación y doctrina del TC al respecto.....	17
7.1. Doctrina partir de la STC nº 167/2002.....	17
7.2. Efectos de su aplicación	18
7.3. Prueba en segunda instancia (art. 790.3 LECrim.)	19
7.4. Vista en segunda instancia (art. 791.1 LECrim.)	21
7.4.1. Regulación	21
7.4.2. Casos de proposición de prueba o reproducción de la grabada	21
7.4.3. Vista para la correcta formación de una convicción fundada.....	22
7.5. Supuestos en los que no es precisa la celebración de vista	23
7.6. ¿Cabe invocar la doctrina del TC en los casos de Sentencia condenatoria?.....	25
7.7. Posible solución al principio de inmediación en apelación	25
7.8. Casuismo	27
8. Motivos del recurso de apelación	29
8.1. Recurso por quebrantamiento de las normas y garantías procesales.....	29
8.1.1. Motivos regulados en el art. 850 LECrim.....	30
8.1.2. Motivos regulados en el art. 851 LECrim	32
8.2. Recurso por error en la apreciación de las pruebas	34
8.2.1. Ideas generales	34
8.2.2. Insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica.....	35
8.2.3. Apartamiento de las máximas de experiencia	36
8.2.4. Omisión de razonamiento sobre las pruebas practicadas o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada	36
8.3. Recurso por infracción de normas del ordenamiento jurídico	37
8.3.1. Ideas generales	37
8.3.2. Problemática de los elementos subjetivos del tipo.....	37

9. Referencia al recurso de casación contra la Sentencia resolutoria del recurso de apelación	38
9.1. Ideas generales	38
9.2. Recurso de casación por quebrantamiento de forma	39
9.3. Recurso de casación por infracción de ley	39
3. EL RECURSO DE CASACIÓN: PREPARACIÓN DEL RECURSO Y RESOLUCIONES RECURRIBLES. EL RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ARTÍCULO 849 N° 1º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.	43
FERNANDO PRIETO RIVERA	
1. Preparación del recurso de casación	43
1.1 Requisitos.	45
1.1.1. Recurso por infracción de ley del n° 1º del art. 849 LECrim	47
1.1.2. Recurso de casación por infracción de ley del n° 2º del art. 849 LECrim	48
1.1.3. Recurso por quebrantamiento de forma del art. 850 LECrim	53
1.1.4. Recurso por quebrantamiento de forma del art. 851 LECrim	56
1.1.5. Recurso por infracción de preceptos constitucionales	58
1.2 Especialidades.	59
1.2.1. Recurso de casación al amparo del art. 847.1 b) LECrim	59
1.2.2. Recurso de casación en el procedimiento del jurado.	60
1.2.3. Recurso de casación para unificación de doctrina en menores y vigilancia penitenciaria.	61
1.3 Plazo, admisión y queja.	61
1.3.1. Plazo.	61
1.3.2. Admisión	63
1.3.3. Recurso de queja	64
1.4 Desistimiento.	64
1.5 El informe del Fiscal.	65
2. Resoluciones recurrible	68
2.1. Régimen transitorio	69
2.1.1. Sentencias	69
2.1.2. Autos	69
2.2. Régimen vigente.	72
2.2.1. Sentencias	72
2.2.2. Autos	74
3. Recurso de casación al amparo del n° 1º del art. 849 LECrim	74
3.1. Infracción de ley y sentencias absolutorias.	76
3.2. infracción de ley y elemento subjetivo	77
3.3. Infracción de ley y error en la apreciación de la prueba	78
3.4. Infracción de ley e integración del factum	79
3.5. Infracción de ley e infracciones procesales.	79
3.6. infracción de ley y alternativas fácticas.	80
4. ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y ARBITRARIEDAD COMO MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: SU INVOCACIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL	81
RAFAEL ESCOBAR JIMÉNEZ	
Planteamiento.	
1. Referencia genérica a las sentencias recurribles en casación y motivos invocables	81
2. El motivo del art. 849.2º LECrim.	83
2.1. Preparación del recurso por la vía del art. 849.2º LECrim.	83
2.2. Exigencias para la utilización del motivo del art. 849.2º LECrim.	84
2.3. Invocación del Motivo del art. 849.2º LECrim. por el Ministerio Fiscal: su inviabilidad práctica.	87
2.4. Supuesto excepcional de utilización del Motivo del art. 849.2º LECrim. por el Ministerio Fiscal	89

3. El Motivo por infracción de derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva como freno a la arbitrariedad del Tribunal o a la indebida declaración de nulidad de una prueba	89
3.1. Arbitrariedad en el proceder del Tribunal	90
3.2. Cuestión sobre la posibilidad de utilización conjunta de los motivos que denuncian arbitrariedad (art. 852 LECrim.) y error en la valoración de la prueba basado en documentos (art. 849.2º LECrim.)	93
3.3. Supuestos en los que el Tribunal acuerda declarar nula una prueba y, por tanto, no valorarla dictando sentencia absolutoria por inexistencia de prueba de cargo	94
4. EL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS DICTADAS EN APELACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES	95
LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO - ANTONIO PABLO RIVES SEVA	
1. Naturaleza del nuevo recurso: función unificadora de la doctrina penal	96
2. Régimen transitorio. Procesos incoados antes de la entrada en vigor	98
3. Motivos del nuevo recurso de casación	101
3.1. El error iuris: Problemas interpretativos y soluciones ofrecidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo	101
3.2. Jurisprudencia sobre la no inclusión de la infracción de precepto constitucional	107
4. El interés casacional	109
4.1. Delimitación conceptual	109
4.2. Momento procesal oportuno para su invocación	111
5. La irrecurribilidad de las sentencias dictadas en juicio por delito leve y de las sentencias que declaren la nulidad de la recaída en la instancia	115
6. Repertorio de sentencias	116
5. RECURSO DE CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTOS DE FORMA	122
JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	
Introducción. Quebrantamiento de forma y vulneración de derechos fundamentales.	
1. Denegación de pruebas o no suspensión del juicio ante la falta de práctica de prueba admitida	124
1.1. Sobre la prueba	124
1.2. Condiciones para la prosperabilidad del motivo	124
1.3. Requisitos formales	126
1.4. Proposición de pruebas en el sumario ordinario	127
1.5. Proposición de pruebas, art. 729 LECrim	128
2. Denegación de preguntas (art. 850.3 y 4 LECrim.)	130
3. Predeterminación del fallo (art. 851.1 LECrim.)	131
4. Incongruencia omisiva (art. 851.3 LECrim.)	133
4.1. Condiciones para apreciar el motivo	133
4.2. Posibilidad de subsanación vía aclaración de sentencia	134
5. Principio acusatorio (art. 851.4 LECrim.)	135
5.1. Delimitación de la acusación. Conclusiones definitivas	135
5.2. Alcance del principio	138
5.3. Homogeneidad y heterogeneidad	140
5.4. Principio acusatorio y pena impuesta más grave que la pedida por las acusaciones	141
5.5. Principio acusatorio y pena procedente omitida por las acusaciones	143

Presentación

Autor: Rafael Escobar Jiménez

Fiscal del Tribunal Supremo

Han pasado tres años desde que entrara en vigor la normativa que contenía la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El mencionado lapso de tiempo parece mostrarse suficiente para que la mayor parte de los preceptos incorporados a la Ley de Enjuiciamiento Criminal hayan alcanzado el imprescindible rodaje en su aplicación con independencia del criterio que pueda tenerse acerca del acierto de algunos de ellos.

Indudablemente, en la jurisdicción Penal, uno de los sectores procesales que resultó afectado con relevantes e innovadoras modificaciones fue el de los recursos contra resoluciones definitivas, autos y sentencias, hasta el punto, que su Preámbulo proclamó, sin titubeos, que en nuestro sistema rituario se procede a generalizar, por un lado, la segunda instancia con la adición del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las audiencias provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y, por otro, el recurso de casación por infracción de Ley, permitiendo así el acceso de nuevos delitos al examen de la Sala II del Tribunal Supremo que, de esta manera, desempeñará su función nomofiláctica o de exégesis unificadora sobre la mayor parte de las normas penales sustantivas.

En este contexto de renovación legislativa y andadura, el Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal me otorga, con su nombramiento, el privilegio y la responsabilidad de dirigir la edición que presento, que ha de abordar, con la esencia monográfica que le caracteriza, el estudio del entramado procesal que encierran los recursos de apelación y casación contra resoluciones definitivas.

Ahora bien, me apresuro a subrayar que la aspiración que preside la elaboración de los trabajos que nutren su contenido, encargados a compañeros de acreditada altura jurídica, lejos de perderse en laberintos de tramitaciones y tratamientos específicos de lances procesales, que solo interesan a quienes los protagonizan, es servir de herramienta al Fiscal de la instancia que en la praxis diaria afronta los distintos escenarios procesales demandantes de determinadas actuaciones para que alcance éxito procesal el posterior recurso de apelación o de casación que, en su caso, fuera procedente activar y, al mismo tiempo, incorporar criterios orientativos que ayuden a reconocer los supuestos en los que deba prepararse un recurso de casación por la vía ordinaria o con interés casacional.

La primera ponencia dedica su esfuerzo al recurso de apelación contra las sentencias de juzgados y audiencias y es desarrollada por un Fiscal de indiscutible competencia, curtido en las complejas y laboriosas lides de la instancia. Resulta superfluo cualquier comentario sobre su alcance, si bien, debe reseñarse que la doble instancia que propicia el recurso de apelación hace que éste cargue con el capital cometido de constituir la necesaria plataforma para ejercer posteriores actuaciones impugnatorias pues en casación no cabrá plantear cuestiones que no hayan sido objeto de tratamiento en el recurso de apelación precedente. Junto a lo anterior, ha de aludirse, por su importancia, a otra de las novedades que atañe al Fiscal a la hora de recurrir en apelación pues siendo ciertamente escasas las posibilidades para atacar una sentencia absolutoria, tiene vedado todo motivo que descansa en error en la valoración de la prueba.

Por su parte, ya en el ámbito del recurso de casación, la segunda ponencia aborda la muy trascendente fase de su preparación y el motivo por infracción de Ley del ordinal 1º del art. 849

LECrim. que, en la generosa extensión propiciada por su avezado autor, conocedor in extenso de la casación, se ha preocupado por incluir una enumeración de resoluciones recurribles, las pautas que han de seguirse tanto para presentar correctamente el escrito de preparación del recurso, también llamado anuncio, como para redactar el informe interno que el Fiscal de la instancia está obligado a emitir para que el Fiscal del Tribunal Supremo valore la oportunidad de interponer el mismo y, finalmente, los estrechos márgenes que circundan la infracción de precepto sustantivo. Todo ello, aderezado con los principales pronunciamientos al respecto de la Fiscalía General del Estado y de la Sala II del Tribunal Supremo.

El siguiente trabajo se ocupa, también en sede de casación, de las posibilidades impugnatorias que restan al Fiscal frente a una sentencia de signo absolutorio o condenatoria pero de cuya declaración de hechos probados discrepa. En este escenario, es tratada la escasa viabilidad que para el Fiscal padece el motivo por error en la valoración de la prueba basado en documentos (art. 849.2º LECrim.) y, por otro lado, siempre de cara a su actuación, se analiza el motivo por infracción de derechos fundamentales como remedio del arbitrario proceder del Tribunal sea respecto de la motivación, de la valoración de la prueba o de la declaración de nulidad de la misma (art. 852 LECrim.).

En penúltimo lugar, así ordenado por razones sistemáticas que no por su enorme importancia, se ha ubicado el estudio del recurso por infracción de Ley con interés casacional. Acometido al alimón por dos autores tan concienzudos como versados, recoge el guante del reto que supone una variante del tradicional recurso de casación por cuanto alzándose, exclusivamente, contra las sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, requiere que se haya producido la infracción de la norma penal sustantiva y que tenga cabida en uno de los supuestos que se identifican como de interés casacional, presentando, además, alguna singularidad en su tramitación. Este escenario, perfectamente descrito en la ponencia que incorpora los pronunciamientos de la Sala II producidos hasta ahora sobre el mencionado recurso, ha de reclamar toda la atención del Fiscal que siguió el recurso de apelación para reconocer si es procedente su preparación.

Finalmente, el último de los trabajos aglutina algunos los motivos del recurso de casación por quebrantamiento de forma. El autor del mismo, buscado por el rigor y detalle que caracterizan sus ponencias y aportaciones doctrinales, recorre parte de los llamados vicios in procedendo e in iudicando para que pueda reconocerse oportunamente, y sin duda, el suceso procesal susceptible de constituirlo. Nótese que el Fiscal de la instancia tiene mucho que decir y que accionar en este ámbito si se repara, por ejemplo, en las necesarias protestas y resto de actuaciones que han de engarzarse sea ante el no atendimiento de la petición de suspensión del juicio oral, sea por indebida denegación de la prueba o de preguntas o, del mismo modo, en la casi imprescindible utilización del expediente del art. 267 LOPJ ante ciertas hipótesis de incongruencia omisiva.

Aprovecho la oportunidad que esta Presentación me brinda para agradecer al Consejo de Redacción de la Revista la designación como director del presente número y, por supuesto, a los autores que, con entusiasmo y entrega, han dedicado su tiempo a la elaboración de los trabajos.

Los recursos de apelación contra sentencias

Autor: Jaime Luaces Masaveu

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid
(Sección territorial de Majadahonda-Pozuelo)

Resumen

El presente trabajo trata de analizar las cuestiones más relevantes referidas el recurso de apelación contra las sentencias tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional; sin más pretensión que la de servir de ayuda a los compañeros de la Carrera para intentar resolver los principales problemas que se plantean en la práctica.

Sumario

1. Introducción. 2. Sentencias recurribles y Tribunal competente. 3. Procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015. 4. Plazos para recurrir la Sentencia. 4.1. ¿El plazo comienza desde la notificación a la parte, o desde la última notificación? , y ¿es suficiente con notificar la sentencia al procurador? 4.2. Otras cuestiones acerca de los plazos. 4.2.1. ¿Se descuentan los días inhábiles? 4.2.2. Límite del plazo. 4.2.3. Plazos en los delitos leves. 4.2.4. Caso de renuncia de letrado o procurador. 4.2.5. Plazos en el recurso adhesivo. 4.2.6. Notificación por medios telemáticos. 5. Recurso adhesivo. 6. ¿Cabe recurrir una Sentencia dictada de conformidad? 7. Nueva regulación del recurso de apelación y doctrina del TC al respecto. 7.1. Doctrina partir de la STC nº 167/2002. 7.2. Efectos de su aplicación. 7.3. Prueba en segunda instancia (art. 790.3 LECrim.). 7.4. Vista en segunda instancia (art. 791.1 LECrim.). 7.4.1. Regulación. 7.4.2. Casos de proposición de prueba o reproducción de la grabada. 7.4.3. Vista para la correcta formación de una convicción fundada. 7.5. Supuestos en los que no es precisa la celebración de vista. 7.6. ¿Cabe invocar la doctrina del TC en los casos de Sentencia condenatoria? 7.7. Posible solución al principio de inmediación en apelación. 7.8. Casuismo. 8. Motivos del recurso de apelación. 8.1. Recurso por quebrantamiento de las normas y garantías procesales. 8.1.1. Motivos regulados en el art. 850 LECrim. 8.1.2. Motivos regulados en el art. 851 LECrim. 8.2. Recurso por error en la apreciación de las pruebas. 8.2.1. Ideas generales. 8.2.2. Insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica. 8.2.3. Apartamiento de las máximas de experiencia. 8.2.4. Omisión de razonamiento sobre las pruebas practicadas o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada. 8.3. Recurso por infracción de normas del ordenamiento jurídico. 8.3.1. Ideas generales. 8.3.2. Problemática de los elementos subjetivos del tipo. 9. Referencia al recurso de casación contra la Sentencia resolutoria del recurso de apelación. 9.1. Ideas generales. 9.2. Recurso de casación por quebrantamiento de forma. 9.3. Recurso de casación por infracción de ley.

1. Introducción

La entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha supuesto una importante modificación en el sistema del recurso de apelación al introducir este recurso contra las sentencias dictadas, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Dicha Ley en su preámbulo establece lo siguiente:

“se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas”

La jurisprudencia¹ señala que estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia.

Ahora bien como indica Rafael Escobar Jiménez²

“la generalización no es completa ya que no se ha previsto el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, sea en procedimiento ordinario o abreviado y, tampoco, para idéntico supuesto, frente a las sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo”.

Y en el mismo sentido se pronuncia la Circular 1/2018, de 1 de junio, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal

2. Sentencias recurribles y Tribunal competente

Las sentencias susceptibles de ser recurridas en apelación son las siguientes:

- sentencias del Juez de lo Penal y Juez Central de lo Penal en procedimiento abreviado (art. 790.1 LECrim)
- sentencias del Juez de lo Penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803.1 LECrim)
- sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sea en procedimiento ordinario o abreviado (art. 846 ter LECrim)
- sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial, por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado (art. 846 bis a) LECrim)
- sentencias de los Jueces de instrucción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (art. 976.1 LECrim)

Los órganos judiciales competentes para el conocimiento del recurso de apelación son:

- las Audiencias Provinciales respecto a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, y respecto de las dictadas por los Juzgados de instrucción en juicio por delitos leves
- las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, actuando como Salas de lo Penal, respecto a las dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales
- la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional respecto de las sentencias del Juez Central de lo Penal
- la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, si son sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

3. Procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015

La Disposición transitoria única de la Ley establece que:

1. Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor³.

¹ ATS nº 1141/2018, de 4 de octubre de 2018; y STS nº 486/2018, de 18 de octubre de 2018.

² Escobar Jiménez, Rafael. *Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre*. Revista del Ministerio Fiscal nº 2 del año 2016.

³ Procedimientos incoados con posterioridad al 6 de diciembre de 2015.

Por tanto, la Ley establece expresamente el alcance en el tiempo de la norma en cuestión, siendo de de aplicación el art. 2.3 CC al disponer que las leyes españolas no tienen efecto retroactivo, si no disponen expresamente lo contrario; indicando la jurisprudencia que no estamos en el ámbito de la normatividad penal sustantiva, sino de la procesal penal, y éstas únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor (ATS de 3 de septiembre de 2018, rec. 20509/2018). En este sentido, también se aclara que el art. 2.2 CP y también el art. 9.3 CE no alcanzan a las normas procesales (ATS de 21 junio de 2018, rec. 20370/2018).

Asimismo no puede atenderse al argumento de aplicación del efecto retroactivo porque favorece al reo, destacando el Tribunal Supremo⁴ que la igualdad procesal de armas impide entender que una misma resolución sólo fuese impugnabile por una parte (condenado) y no por las otras (acusaciones).

Tampoco cabe hablar de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a los recursos, habiendo alegado el Tribunal Supremo (citando resoluciones del Tribunal Constitucional) varios motivos para fundamentar el rechazo a dicho motivo:

- que el derecho a la tutela judicial efectiva no permite crear recursos no previstos en las leyes (STC 88/97, de 5 de mayo) (ATS de 20 julio de 2018, rec. 20437/2018);
- que dicho derecho comprende el de obtener una resolución suficientemente motivada haciendo comprensible a las partes y, en general, a la sociedad, el fundamento racional, fáctico y jurídico de la decisión judicial, aunque la misma sea perjudicial al acusado (ATS nº 988/2018, de 19 de julio);
- que el derecho a la tutela judicial efectiva no queda conculcado por una resolución de inadmisión del recurso que impida el conocimiento del fondo del asunto, cuando la misma se dicte en aplicación de una causa de inadmisión legalmente establecida (STC nº 991/2002, de 22 de abril), aplicada por el órgano judicial en forma razonada y no arbitraria (STC 100/88), sin incurrir en error patente (STC 36/89), e interpretada de manera favorable al ejercicio de la acción planteada y no formalista o enervante del referido derecho fundamental (STC 80/89) (ATS de 17 julio de 2018, rec.20350/2018).

4. Plazos para recurrir la sentencia

Los plazos establecidos en la Ley son los siguientes:

- 10 días para las sentencias del Juez de lo Penal y Juez Central de lo Penal en procedimiento abreviado (art. 790.1 LECrim), y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia (art. 846 ter y 790.1 LECrim);
- 5 días para las sentencias del Juez de lo Penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados (art. 803.1.1ª LECrim);
- 5 días para las sentencias de los Jueces de instrucción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (art. 976.1 LECrim).

4.1. ¿El plazo comienza desde la notificación a la parte, o desde la última notificación?, y ¿es suficiente con notificar la sentencia al procurador?

Los referidos plazos comenzarán a correr desde la última notificación realizada a las partes. A estos efectos el art. 160 LECrim dispone lo siguiente:

Las sentencias definitivas se leerán y notificarán a las partes y a sus Procuradores en todo juicio oral el mismo día en que se firmen, o a lo más en el siguiente.

⁴ ATS de 26 julio de 2018, rec. 20397/2018.

Y el art. 212 LECrim:

El recurso de apelación se entablará dentro de cinco días, a contar desde el siguiente al de la última notificación de la resolución judicial que fuere su objeto hecha a los que expresa el artículo anterior; refiriéndose con esta última expresión a los que el art. 211 designa como “los que sean parte en el juicio”.

Por tanto, la cuestión que se plantea es si hay dos sistemas distintos de computar plazos (esto es, en unas ocasiones, desde la última notificación a quien fue parte, y en otras, desde la notificación a cada una de las partes).

En esta materia la SSTC nº 190/1994, de 20 de junio, dispone que:

“no puede considerarse adecuada a las garantías consagradas en el art. 24.1 CE una interpretación judicial que considera extemporánea la presentación del escrito cuando aún no había transcurrido el plazo de cinco días desde la última notificación”

Y el AAP Pontevedra nº 205/2018, de 22 de mayo, aclara que: *“ello es acorde además con el principio «pro actione» e incide en el principio de que la notificación es un acto único aunque se plasme en actos individuales a cada parte, (...)”*. Y en otras resoluciones (AAP Madrid nº 42/2013, de 22 de enero; AAP Albacete nº 28/2018, de 9 de enero) se precisa que dichos preceptos al referirse a *“a la notificación de la resolución”* o *“al de su notificación”* no se refiere al destinatario que la recibe sino a la notificación en sí, y ésta no está completa hasta que se hace a todas las partes personadas, es decir hasta la última notificación.

Además dicha conclusión excluye alternativas absurdas (como entender que hay dos sistemas de cómputo en la misma ley cuando ello no se expresa en ninguna norma), y además es más conciliador con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos.

Y en esta materia la Audiencia Provincial de Madrid –Secciones Penales– por Acuerdo de fecha 26 de mayo de 2006 estableció lo siguiente: *“el plazo comenzará a correr desde la última notificación realizada a las partes”*.

Por otro lado, dicho cómputo lo es desde la última notificación únicamente a los que sean parte; pero no a quienes deban notificarse la sentencia a pesar de no ser parte en el proceso; siendo indiferente que dicha obligación sea por decisión legal (art. 12 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), o por decisión judicial (art. 270 LOPJ), ya que ello, como dice el AAP Albacete nº 28/2018, de 9 enero:

“no convierte a éstas en “partes” del proceso, única condición legalmente relevante para tener en cuenta como inicio del cómputo de plazos”.

Íntimamente relacionada con dicho asunto es la cuestión de si es suficiente con notificar la Sentencia al procurador de la parte. Pues bien, en esta materia se impone el sistema de la doble notificación, habiendo señalado el Tribunal Supremo que no es suficiente con la notificación a los procuradores, siendo necesario notificar la Sentencia a las partes (ATS de 10 de septiembre de 2012, rec. 20397/2012). En consecuencia, será nula la firmeza de la sentencia notificada únicamente al procurador sin haber intentado notificar a las partes; e incluso la notificada a éstos y no a su representante procesal. Y el Tribunal Constitucional ha manifestado, en un supuesto de notificación meramente al procurador, que el inicio del cómputo del plazo de apelación será la notificación personal de la sentencia al condenado (STC nº 991/2002, de 22 abril de 2002); en el mismo sentido se pronuncian las SSTC nº 190/1994, de 20 de junio; nº 88/1997, de 5 de mayo, y nº 11/2003, de 27 enero.

En esta cuestión de índole interpretativa de las normas procesales, las Audiencias Provinciales mantienen este criterio, esto es, el de que las sentencias dictadas tras la celebración de juicio oral habrán de notificarse no sólo a los procuradores, sino también personalmente a las partes (AAP Murcia nº 269/2018, de 19 de abril; AAP La Rioja de nº 354/2018, de 29 de junio; AAP Cuenca nº 40/2018, de 31 de enero; y AAP Madrid nº 468/2018, de 29 de junio).

Cuestión distinta es la recogida en el párrafo 2º del art. 160 LECrim, esto es, que se hubiera intentado notificar a las partes, pero no se les localizare:

“Si por cualquier circunstancia o accidente no se encontrare a las partes al ir a hacerles la notificación, se hará constar por diligencia y bastará en tal caso con la notificación hecha a sus Procuradores”.

En estos casos dice el compañero Fernando Gómez Recio⁵ lo siguiente:

“A nuestro juicio, resulta lógico que ante un supuesto de imposibilidad de localización del acusado baste con la notificación de la sentencia a la representación procesal que, no olvidemos, se encuentra plenamente habilitada para formular recurso. De otra forma, le bastaría al aún acusado con situarse en paradero desconocido para impedir la firmeza de la sentencia y con ello la ejecución de la pena, ocasionando que el plazo de prescripción continuara siendo el mucho más breve del delito cometido y no el de la pena impuesta en sentencia y obligando al Juez o Tribunal a ordenar su detención para notificación de la sentencia y concesión de plazo para recurrir, en lugar de su busca y captura para, en su caso, la ejecución de la pena”.

Y el Tribunal Constitucional (Auto nº 174/2001, de 28 de junio) dispone que:

“(…) la Audiencia Provincial tuvo en cuenta la notificación al Procurador a efectos del cómputo del plazo, por cuanto la notificación personal fue negativa, sin que pueda considerarse como tal la personación del recurrente en el Juzgado el 17 de mayo, cuando ya se había declarado firme la Sentencia.

En suma, no existió vulneración con relevancia constitucional por la interpretación de la causa de inadmisión que realizó la Audiencia Provincial en su resolución, por cuanto aquella no fue arbitraria ni irrazonable (SSTC 170/1996; 207/1998; 19/1999; 170/1999, entre otras), sin que sea constitucionalmente exigible la interpretación legal más favorable para hacer efectivo el acceso al recurso (SSTC 37/1995; 142/1996; 76/1997)”.

Ahora bien, se debe distinguir los supuestos de sentencia dictada en la instancia de las recaídas en apelación. En las primeras, como se decía anteriormente, sería obligatoria la notificación directa al acusado y habría que estar a la fecha de esa notificación personal o a la del momento en que se tiene por suficiente la efectuada al procurador al constatarse que no se localiza al acusado. En las segundas, no se requiere notificación personal, basta la efectuada al procurador. Por tanto, al referirse el art. 160 al *“juicio oral”*, considera la jurisprudencia que el mismo sólo es aplicable para las sentencias dictadas tras dicho juicio, por lo que para las dictadas resolviendo los recursos de apelación podrán hacerse las notificaciones a los procuradores de las partes, al resultar de aplicación el art. 182 LECrim (ATS de 6 julio de 2018, rec 20234/2018).

4.2. Otras cuestiones acerca de los plazos

4.2.1. ¿Se descuentan los días inhábiles?

De dichos plazos se descontarán los sábados, domingos y el mes de agosto (así se desprende de la STS nº 437/2012, de 22 de mayo). El art. 183 LOPJ dispone que *“serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales”*; y el artículo 201 LECrim señala, a su vez, que *“todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial”*. En consecuencia, el mes de agosto es hábil para las actuaciones de instrucción, pero no lo es para el resto de actuaciones procesales, y el plazo para recurrir una sentencia en modo alguno puede entenderse como una actuación de instrucción (AAP Madrid nº 519/2017, de 23 de junio; y AAP Barcelona nº 842/2017, de 11 diciembre). Por su parte el Tribunal Constitucional (S. nº 119/2009, de 18 de mayo) considera manifiestamente irrazonable el hecho de que el plazo de diez días referido en el art. 790 LECrim para la interposición del recurso de apelación deba computarse en días naturales, a la vista del sentido de los arts. 182.1 y 185 LOPJ.

⁵ Gómez Recio, Fernando. Notificaciones y citaciones al imputado en el proceso penal. Diario La Ley, Nº 8454, Sección Doctrina, 8 de Enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-7, Editorial LA LEY

4.2.2. Límite del plazo

Los recursos podrán presentarse hasta las quince horas del día hábil siguiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 135 LEC, que resulta de aplicación según el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 24 de enero de 2003: “*Lo dispuesto en el artículo 135 de la LEC es aplicable a los procesos penales*”.

Concretamente dicho artículo dispone lo siguiente:

5. La presentación de escritos y documentos, cualquiera que fuera la forma, si estuviere sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

4.2.3. Plazos en los delitos leves

En esta materia hemos de partir de los siguientes artículos de la LECrim:

art. 212, parr 3º

Se exceptúa el recurso de apelación contra la sentencia dictada en juicio sobre faltas. Para este recurso, el término será el primer día siguiente al en que se hubiere practicado la última notificación

art. 976

1. La sentencia es apelable en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación. Durante este período se hallarán las actuaciones en secretaría a disposición de las partes.

2. El recurso se formalizará y tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 790 a 792.

Por tanto, en cuanto a sentencias dictadas en los juicios por delitos leves, conforme al art. 976.2, se mantiene este régimen de doble notificación (AAP Madrid nº 450/2017, de 19 de mayo; STC nº 91/2002, de 22 de abril); no siendo necesaria la notificación de la sentencia al letrado designado, siendo responsabilidad del procurador hacer llegar al mismo la resolución (AAP Madrid nº 17/2018, de 11 de enero). Y en el mismo sentido la AAP Madrid nº 468/2018, de 29 de junio, dispone que al haberse admitido la personación mediante procurador de oficio, la parte tenía la legítima expectativa de que la resolución fundamental del proceso le fuera notificada al procurador. En resumen, las sentencias dictadas tras la celebración de juicio oral –como es el caso de los juicios de delitos leves–, habrán de notificarse no sólo a los procuradores, sino también personalmente a las partes (AAP Madrid nº 887/2017, de 30 de noviembre).

4.2.4. Caso de renuncia de letrado o procurador

En el supuesto de renuncia de un letrado o procurador durante el plazo para recurrir, lógicamente, procederá la suspensión de dicho plazo, salvo que, como dice el AAP Álava nº 3/2005, de 3 de enero, “*se apreciara que ello obedeciera a algún tipo de maniobra dilatoria, fuera contraria a la buena fe o entrañara un fraude de ley procesal*”.

4.2.5. Plazos en el recurso adhesivo

En los recursos adhesivos hemos de tener en cuenta el art. 790.1. parr 2º y 3º y apartado 5 LECrim:

1. La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo.

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

5. Admitido el recurso, el Secretario Judicial dará traslado del escrito de formalización a las demás partes por un plazo común de diez días. 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 se fijará un domicilio para notificaciones.

En esta cuestión sólo cabe matizar que en el caso de que se tratara de un verdadero recurso, aunque se emplee la fórmula de adhesión, pero sin que ello implique ratificar o reiterar el contenido del recurso, tiene que ser interpuesto dentro del plazo establecido para el recurso de apelación, el que se computa desde la última notificación que se hiciese a las partes personadas, no desde que se da traslado del recurso de apelación de otra de las partes al que se dice adherir (SAP Santa Cruz de Tenerife nº11/2000, de 14 de enero).

4.2.6. Notificación por medios telemáticos

Esta materia aparece contemplada en los siguientes preceptos:

art. 166 parr 3º LECrim

Las notificaciones, citaciones y emplazamientos se practicarán en la forma prevista en el Capítulo V del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

art. 152 LEC

3. Los actos de comunicación se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley:

4.ª En todo caso, por el personal al servicio de la Administración de Justicia, a través de medios telemáticos, cuando se trate del Ministerio Fiscal,(...).

y el art 151.2 LEC establece que:

Los actos de comunicación al Ministerio Fiscal, se tendrán por realizados el día siguiente hábil a la fecha de recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el artículo 162. Y en el supuesto de que fuera remitido con posterioridad a las 15:00 horas, se tendrá por recibido al día siguiente hábil

Si bien la disposición transitoria cuarta de Ley 42/2015, de 5 octubre de 2015, indica que:

“Hasta el 1 de enero de 2020, en relación con los actos de comunicación al Ministerio Fiscal, el plazo que se establece en el artículo 151.2 será de diez días naturales.” Por ello la Circular 1/2018 dispone que:

“el plazo de los diez días hábiles para la interposición del recurso se empezará a computar desde el undécimo día natural siguiente a la fecha en que deba entenderse realizada la notificación.”

5. Recurso adhesivo

En esta materia la LECrim establece lo siguiente:

— en el ámbito del procedimiento abreviado, el art. 790.1 párrafo 2º:

La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo.

— en el recurso de apelación contra las Sentencias dictadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, el art. 846 bis b):

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.

— y en el recurso de casación, el art. 861 dispone:

La parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan

La polémica se refiere a si la adhesión ha de referirse a los mismos contenidos e iguales pretensiones del recurso principal, o si, por el contrario, puede ampliarse el debate a otras materias.

La STS nº 577/2005, de 4 de mayo de 2005, que desarrolla el Pleno de 27 de abril de 2005 (por el que se acuerda: admitir la adhesión en casación, supeditada en los términos previstos por la Ley del Jurado, arts. 846 bis b), bis d) y bis e) LECrim) señala que la raíz del problema es *que el término “adhesión” utilizado por el legislador no es adecuado, sino equívoco, como ha puesto de manifiesto la doctrina*. Y añade que es preferible utilizar términos como “recurso supeditado de apelación” (como se regula en los arts. 846 bis d), art 846 bis e) de Lecr) o “impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable” (tal y como se recoge en el art. 461.1 LEC).

El Tribunal supremo en alguna temprana Sentencia⁶ indicó que en algún supuesto cabe admitir en el recurso de casación cuestiones que si no integran una adhesión propiamente dicha, sí se pueden considerar como supletorias de omisiones de la propia impugnación; pero lo cierto es que en resoluciones posteriores estableció que debe existir entre el recurso y la posterior adhesión la más completa homogeneidad, y en consecuencia no sería posible que *al socaire de una impugnación anterior el que dice adherirse a ella agregue nuevos motivos de discrepancia con la resolución recurrida, ensanchando de ese modo el tema planteado por el inicial impugnante y extendiéndolo a ámbitos enteramente heterogéneos respecto al mismo* (STS nº 585/2011, de 10 de junio); siendo inadmisibles si la adhesión resulta ser de sentido contrario a aquella impugnación a la que dice adherirse (STS nº 178/2009, de 26 de febrero).

En este mismo sentido la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 26 de mayo de 2006 acordó que *“el contenido de la impugnación adhesiva (...) no puede convertirse en una suerte de contrarrecurso, habiendo de presentar, por el contrario, un contenido en sintonía con las pretensiones del recurrente principal”*.

Este acuerdo ha sido recogido recientemente en la SAP Madrid nº 33/2018, de 16 de enero.

Ahora bien, dicha afirmación ha sido posteriormente matizada. Y la STS nº 320/2018, de 29 de junio, señala que a la hora de adoptar el mencionado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 27 de abril de 2005 se plantearon tres alternativas posibles en la interpretación de la adhesión, habiendo escogido la intermedia recogida en la Ley del Jurado (art. 846 bis b). Este criterio ha sido desarrollado en varias resoluciones (SSTS nº 842/2016, de 7 noviembre, y nº 179/2007, de 3 de marzo), estableciendo lo siguiente:

“Esta Sala admite ya abiertamente un recurso supeditado ampliatorio de los motivos del principal en dos supuestos:

- *cuando introduzca un nuevo objeto de impugnación que beneficie al acusado, y*
- *cuando se interponga por la parte a la que no ha causado gravamen la resolución impugnada, pero pudiera producirse el eventual éxito del recurso del recurrente”, es lo que se denomina “adhesiones preventivas”, aquéllas que se realiza pensando en una eventual estimación del recurso principal.”*

En consecuencia, también cabe la posibilidad de impugnar el recurso, solicitando la desestimación de los motivos del recurso interpuesto, pero formular a la vez una pretensión adhesiva en beneficio del reo, en el caso, por ejemplo, de que exista un error en la pena impuesta (SSTS nº 65/2017, de 8 febrero; y nº 170/2018, de 11 de abril).

Y respecto al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la admisión de la adhesión a la apelación, el Tribunal Constitucional lo condiciona a que las demás partes tengan la posibilidad de debatir y contradecir las pretensiones en ella formuladas, de modo *“tengan oportunidad de defenderse con posibilidad de rebatir las pretensiones y fundamentación de quienes se adhieren a la apelación principal”* (STC nº 234/2006, de 17 de julio).

⁶ STS nº 352/1995, de 6 de marzo.

6. ¿Cabe recurrir una Sentencia dictada de conformidad?

En esta cuestión procede distinguir dos supuestos claramente diferenciados ya que, aparte de las sentencias de conformidad (siguiendo los arts. 655, 688, 787 LECrim), como sabemos, es frecuente en la práctica los casos de sentencias implícitas o encubiertas.

En el primero de los supuestos el art. 787.7º Lecrim establece que:

Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.

Señala la jurisprudencia (ATS nº 314/2018, de 15 de febrero; STS nº 422/2017, de 13 de junio) que, para que la conformidad surta sus efectos, ha de ser necesariamente:

- «absoluta», es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de cosa alguna;
- «personalísima», o dimanante de los propios acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario;
- «voluntaria», esto es, consciente y libre;
- «formal», pues debe reunir las solemnidades requeridas por la ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables;
- «vinculante», tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, y,
- «de doble garantía», pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados –en la hipótesis contemplada en el art. 655– o confesión de acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio –arts. 688 y ss. LECrim–.

Y en los supuestos de sentencias de conformidad, se indica que no se permite recurrir, basándose en tres motivos (STS nº 483/2013, de 12 de junio; ATS nº 1344/2013, de 27 de junio):

- “a) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario.*
- b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla “pacta sunt servanda”, que quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.*
- c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.”*

Asimismo deben concurrir los siguientes requisitos

- a) que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad.
- b) que se hayan respetado en el fallo los términos del acuerdo entre las partes.

Si bien, se podrá recurrir, lógicamente, cuando la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, vulnerándose el principio de legalidad⁷.

Por tanto, se justificaría la interposición del recurso, por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito más grave que el que ha sido objeto de conformidad o impuesto una pena superior a la conformada, o, desde la perspectiva de la acusación, cuando se ha dictado sentencia absolu-

⁷ como ocurrió en el supuesto recogido en la STS nº 754/2009, de 13 de julio.

toria sin respetar la conformidad del acusado con la acusación formulada (STS nº 355/2013, de 29 de enero). E igualmente de tal principio general de irrecurribilidad se excepcionan aquellos supuestos en los que la conformidad ha sido dictada en los supuestos de vicio en la prestación del consentimiento o su falta de realización por el acusado y su letrado (ATS nº 1344/2013, de 27 de junio).

Respuesta bien distinta es la que cabe dar en las “conformidades implícitas”, especialmente cuando la única prueba que se ha realizado es la confesión del acusado. Y en el caso de la STS nº 291/2016, de 7 de abril, tras señalar que se podrá aligerar la prueba en los casos de reconocimiento de los hechos por parte del acusado, indica que *“la confesión del acusado ya no es, como en el proceso inquisitorial, la reina de las pruebas, por lo que no exime al Juzgador de practicar las diligencias mínimas necesarias para adquirir el convencimiento de su realidad y de la existencia del delito (art 406 Lecrim)”*; y en consecuencia establece como efecto la nulidad de la sentencia y del juicio, reponiendo las actuaciones al momento anterior al señalamiento, para que se celebre nuevo juicio por un Tribunal de composición personal diferente.

7. Nueva regulación del recurso de apelación y doctrina del TC al respecto

7.1. Doctrina a partir de la STC nº 167/2002

El Pleno del Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia nº 167/2002 ha establecido una nueva doctrina sobre la posibilidad de revisión en los recursos de apelación de las sentencias absolutorias cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba de carácter personal, vinculando dicha doctrina con el respeto del principio de presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías. Según esa doctrina, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Esta jurisprudencia se ha establecido a partir de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que si bien indica que ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 del Convenio no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. Españ, ap. 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España, ap. 30), desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia de 28 de Mayo 1988 ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el Tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, ap. 55; 6 de julio de 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec contra Rumania, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi contra Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll contra España, ap. 27). En idéntico sentido, entre las más recientes las SSTEDH caso Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010 y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010; STEDH de 25 de octubre de 2011 caso Almenara Álvarez contra España; STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; STEDH, 13 de diciembre de 2011 caso Valbuena Redondo contra España o STEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Conteras contra España. En algunas ocasiones, entre otras en las tres últimas sentencias citadas, el TEDH ha extendido la necesidad del examen incluso a los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver los hechos cuestionados.

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la citada Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, de 27 de junio de 2000, indicando lo siguiente:

“tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él”.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre, tras examinar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dispone lo siguiente:

“se viene a introducir la doctrina de que en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción.”

Esta doctrina ha sido reiterada y fijada por sentencias posteriores (como en las Sentencias nº 200/2002, de 28 de octubre; nº 118/2003, de 16 de junio; nº 4/2004, de 16 de enero, o nº 128/2004, de 19 de julio, pudiendo destacar la STC Pleno nº 88/13, de 11 de abril); y entre las últimas pueden citarse SSTC nº 36/2018, de 23 de abril; y nº 59/2018, de 4 de junio; las cuales establecen que:

“resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.”

Y si en la STC nº 285/2005, de 7 de noviembre, se afirmaba que cuando la Sentencia 167/2002 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, la STC Pleno nº 88/2013, de 11 de abril, matizaba que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad⁸.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre esta doctrina. Así, en los AATS nº 493/2018, de 8 de marzo, y nº 651/2018, de 26 abril, señala que el derecho a un proceso con todas las garantías exige que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, se practiquen éstas ante el Tribunal que resuelve el recurso. Y en el ATS nº 967/2018, de 5 de julio, indica que el respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, y también el de defensa impide, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que los órganos de la revisión modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la instancia de revisión.

7.2. Efectos de su aplicación

Respecto a los efectos que produce la apreciación de dicha doctrina, señala el Tribunal Constitucional que si el órgano de apelación condena a quien fue absuelto en la instancia, o agrava su situación en el caso de que hubiera sido condenado, si para ello establece una nueva decla-

⁸ Postura recogida en Sentencias posteriores, como en la STC nº 172/2016, de 17 de octubre.

ración de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas personales se está vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías.

Pero además la constatación de la existencia de la lesión precedente conlleva la del derecho a la presunción de inocencia si tales medios de prueba, impropiaamente valorados en la fase de recurso, se erigieron como única o cardinal prueba de cargo para fundar la condena (SSTC nº 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; nº 28/2008, de 11 de febrero; y nº 24/2009, de 26 de enero, FJ 2).

El efecto de la vulneración de dichos derechos es la declaración de nulidad de la Sentencia dictada en la instancia. Ahora bien, en el caso de agravar el órgano de apelación la condena dictada en primera instancia lo que procede es anular la referida resolución judicial, en cuanto se refiere a la condena impuesta al mismo como autor por el delito no apreciado en primera instancia, quedando subsistentes el resto de los pronunciamientos recaídos en la Sentencia (STC nº 30/2010, de 17 de mayo).

Por último, en el caso de que al margen de las pruebas personales existan otras pruebas cuya virtualidad probatoria autónoma puedan sustentar el pronunciamiento condenatorio señala el Tribunal Constitucional que debe respetarse la posibilidad de que el órgano de apelación pueda valorarlas en términos constitucionalmente adecuados. En esos supuestos procede retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que el Tribunal correspondiente dicte una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (STC nº 170/2009, de 9 de julio).

7.3. Prueba en segunda instancia (art. 790.3 LECrim)

Con relación a la práctica de prueba el art. 790.3 LECrim dispone lo siguiente:

3. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

En la práctica se planteó la cuestión de si, a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional y tal y como está recogida la prueba en segunda instancia, era posible repetir ante el Tribunal ad quem las pruebas que ya fueron realizadas en la primera vista, y que por tanto no encajaban en los tres supuestos previstos en la LECrim.

Sobre este tema, aunque la STC nº 195/1993, de 14 de junio, manifestó que en segunda instancia sólo podrían practicarse diligencias conforme a lo dispuesto en el art. 795.3 LECrim, entonces en vigor⁹. Con posterioridad a la STC nº 167/2002 se ha pronunciado dicho Tribunal, llegando a la conclusión de que es conforme con el art 24.2 de la CE tanto la interpretación de que se pueden repetir en segunda instancia las pruebas personales ya realizadas en la primera, como la interpretación de que sólo pueden practicarse en los tres supuestos recogidos en el art 790.3. Así, el ATC nº 18/2010, de 8 febrero, dispone lo siguiente:

“En el mismo sentido la reciente STC 120/2009, de 18 de mayo , cuando especifica que, respetada la limitación que impone la STC 167/2002 en relación al respeto de los principios de inmediación y contradicción, corresponde a los propios órganos judiciales interpretar las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal concernientes a la admisión de las pruebas en la fase de apelación, reseñando seguidamente dicha Sentencia que son compatibles con el art. 24.2 CE tanto la interpretación que lleve a admitir la práctica en la segunda instancia de pruebas de carácter personal ya realizadas en la primera, cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, como la interpretación de que sólo podrán practicarse en apelación

⁹ Art. 795.3: *En el mismo escrito de formalización, podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que formulare en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión.*

aquellas diligencias de prueba que no pudieron proponerse en la primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que se hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al apelante (F. 2.d)”.

A pesar de que el Tribunal Constitucional admite las dos interpretaciones respecto a la prueba en segunda instancia, las Audiencias Provinciales se han decantado por limitar la posibilidad de prueba a los tres únicos supuestos previstos en el art. 790.3 LECrim, las cuales mantienen que fuera de los casos regulados en dicho precepto, no cabe practicar nuevas pruebas en la alzada.

La SAP Madrid nº 268/2017, de 3 de mayo, considera que no es posible que se practiquen de nuevo en segunda instancia las pruebas que ya fueron practicadas ante el órgano a quo. En el mismo sentido se pronuncian las SAP Cádiz nº 376/2017, de 2 noviembre de 2017, y la SAP Madrid nº 19/2016, de 22 de enero, llegando a la conclusión de que no cabe la celebración de una vista para la repetición de las pruebas personales. Y las SAP Baleares nº 62/2017, de 13 de julio; y SAP Valencia nº 197/2018, de 16 de abril, señalan que la repetición de pruebas no sería legalmente posible a tenor de las restricciones que impone el artículo 790.3 de la ley procesal penal, al no tener *“un cauce legal previsto para que sin razón alguna distinta de las allí enumeradas pueda citarse a nuevo juicio al acusado, quien no tendría, obviamente, obligación de someterse a un segundo procedimiento ante la Sala sin un precepto que así lo impusiera o permitiera expresamente.”*. Por su parte, la SAP Burgos nº 155/2017, de 12 mayo, considera que la celebración de vista, con audiencia del acusado, o la práctica de las pruebas, cuya apreciación errónea se alega al recurrir una sentencia absolutoria, tendrá siempre un carácter excepcional, pues lo contrario implicaría una derogación tácita del art. 741 LECrim.

Siguiendo esta línea, la SAP Madrid nº 182/2010, de 7 de junio, destacó las graves disfunciones y perturbaciones que acarrearía un modelo probatorio similar al de un sistema de apelación plena. Y el Tribunal Supremo, en S. nº 670/2012, de 19 de julio, advierte que no sólo no existe un trámite específico en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico para oír al acusado y a posibles testigos, sino que tampoco lo hay en el recurso de apelación, a la vista de la redacción concluyente del art. 790.3 LECrim, acogiendo sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. *“Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.”*. Y a continuación indica las perturbaciones que supondría de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación, ya que se implantaría “de facto” un modelo de recurso que se aproxima a la apelación plena y se abandonarían el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal. Asimismo se destacan no sólo los perjuicios que supondría la celebración de un nuevo juicio para los testigos, sino que además la práctica de nuevo de las mismas pruebas personales no garantizaría un resultado más justo del proceso ni una respuesta más certera a las cuestiones que se suscitan en toda causa penal, sino incluso sucedería seguramente lo contrario, pues el alejamiento de los hechos en el tiempo repercutiría en la veracidad, fiabilidad y exactitud de las nuevas declaraciones y dictámenes. A lo que habría de sumarse el riesgo de la alteración de la prueba a través de sugerencias, conminaciones o amenazas con el fin de que se modificaran los testimonios que resultaron inculpativos o exculpativos en la vista oral anterior. Por ello, aboga por mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera, atendiendo para ello a los datos que proporcionan las grabaciones de los juicios, indicando que el art. 791.2 LECrim permite la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación; aunque reconoce que esta posibilidad ha sido minusvalorada por la doctrina del Tribunal Constitucional.

En resumen, únicamente podrá practicarse en segunda instancia las pruebas referidas en el art 790.3, sin que en ningún caso quepa reproducir las ya practicadas ante el órgano a quo. Y en el supuesto de que tenga lugar en sede de apelación la realización de nuevas pruebas al amparo de dicho precepto, cuando se recurra una sentencia absolutoria, el Tribunal de apelación no podrá condenar (o en su caso agravar la condena impuesta), sino únicamente podrá acordar la

nulidad de la sentencia y del juicio (de conformidad con lo dispuesto en el art. 792.2 LECrim) y devolver las actuaciones al Tribunal de instancia para que, tras la nueva celebración del juicio, incluyendo la práctica ante el mismo de dicha prueba, pueda valorar si procede el dictado de una sentencia condenatoria o absolutoria. Ahora bien, en caso de que se recurra una sentencia condenatoria, solicitando la absolución, el órgano ad quem sí podrá, tras la realización de las pruebas previstas en el artículo objeto de estudio, dictar una Sentencia absolutoria (o en su caso reducir la pena impuesta).

7.4. Vista en segunda instancia (art. 791.1 LECrim)

7.4.1. Regulación

La celebración de vista pública en segunda instancia sólo está prevista en la Ley en los supuestos descritos en el apartado primero del art. 791 LECrim:

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.

Por tanto, únicamente cabe:

- cuando se haya de practicar prueba en segunda instancia o reproducción de la grabación de la ya realizada
- cuando el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada

7.4.2. Casos de proposición de prueba o reproducción de la grabada

En cuanto a la cuestión de la reproducción de la grabación el problema que se suscita es si las garantías de inmediación y contradicción quedan colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia.

El Tribunal Constitucional, S. nº 120/2009, de 18 de mayo,¹⁰ señala que:

“Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” –esto es, con inmediación– de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen “personal y directo” implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

Ahora bien, la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria.

Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. (...)

Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia. (...).”

Y en resoluciones posteriores mantiene esta postura de que la sola reproducción de la grabación del juicio oral no faculta para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en dicho juicio, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera ins-

¹⁰ en el mismo sentido se pronuncian las SSTC nº 2/2010, de 11 de enero; y nº 30/2010, de 17 de mayo.

tancia (SSTC nº 105/2014, de 23 de junio; y nº 105/2016, de 6 de junio). Aunque, admitiendo la posibilidad de sostener la condena en segunda instancia en las declaraciones realizadas en el juicio oral, e incluso en instrucción, cuando su reproducción esencial ante el Tribunal que va a valorarlas compense el déficit de intermediación, en consonancia con la doctrina vertida sobre el supuesto de valoración de las manifestaciones sumariales no reiteradas en el juicio.

Y, siguiendo esta doctrina, la Audiencia Provincial de Madrid, en el Acuerdo de 18 de junio de 2009, señala que: “... *el visionado de la grabación del juicio no es intermediación*”.

Por otro lado, tal y como está redactado el precepto, interpretan la mayoría de las Audiencias Provinciales que la celebración de la vista no es consecuencia necesaria de la admisión de pruebas en segunda instancia o de la reproducción de la grabada en la primera, alegando que al utilizar la expresión “en su caso”, la condiciona a que el Tribunal la repute necesaria (SAP Las Palmas nº 205/2016, de 1 de junio; SAP Asturias nº 418/2017, de 9 de octubre; y SAP Alicante nº 324/2018, de 21 de mayo).

No mantienen esta posición todas las Audiencias; así, la SAP Málaga nº 380/2017, de 29 de septiembre, considera que la celebración de vista pública se configura legalmente sólo como imperativa para el caso de que se recibiese el juicio a prueba en la alzada por concurrir alguno de los supuestos previstos en el artículo 790.3; y sólo fuera de dichos casos la celebración de vista será potestativa.

Y sobre la cuestión del momento para admitir o rechazar las pruebas, la jurisprudencia menor¹¹ considera que el auto previo sólo tendrá lugar cuando sean admisibles las diligencias de prueba propuestas. Por el contrario, en el supuesto de que tenga lugar el pronunciamiento denegatorio de la práctica de prueba en segunda instancia, el mismo se efectuará en la propia sentencia.

7.4.3. Vista para la correcta formación de una convicción fundada

El art 791.1 segundo inciso dispone lo siguiente:

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.

En relación a dicha vista la STC nº 167/2002 dispuso lo siguiente:

“En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en la STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6 EDJ1999/13070, de que los demandantes de amparo no hubieren solicitado la celebración de vista en la apelación, pues en la medida en que dicha vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal al que acude pueda satisfacer la pretensión que ante él formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisiva, ya que el art. 795.6 LECrim EDL1882/1 establece que la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada (en este sentido, en relación con un supuesto similar, STEDH de 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria, § 43 EDJ2000/136)”.

En primer lugar se ha de determinar cuándo procede celebrar esta vista, y la misma, según la Audiencia Provincial de Madrid (Auto de 8 julio de 2009; y SAP Madrid nº 8/2014, de 10 enero) tendrá lugar cuando la cuestión a resolver plantea *especiales circunstancias de complejidad o especiales circunstancias de hecho que aconsejen una información verbal complementaria a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.*; llegando incluso a disponer alguna sentencia aislada que la vista está reservada a los casos en que el recurso se presente contra una sentencia condenatoria (SAP Madrid nº 452/2018, de 14 de junio).

Pero en la gran mayoría de las veces no se considera precisa su celebración, refiriendo que las alegaciones del recurrente son precisas y detalladas, y el objeto de la controversia o divergencia se encuentra perfectamente delimitado (SAP Las Palmas nº 205/2016, de 1 junio; SAP

¹¹ SAP Valencia nº 426/2017, de 25 julio; SAP Álava nº 249/2017, de 13 de septiembre; y SAP Santa Cruz de Tenerife nº 19/2018, de 18 de enero.

Asturias nº 418/2017, de 9 de octubre; y SAP Alicante nº 324/2018, de 21 de mayo); que el debate a través del que se ve cuestionada la sentencia condenatoria se encuentra desarrollado argumentalmente y completo en su planteamiento como para no ser necesaria la celebración de vista (SAP Madrid nº 451/2017, de 7 de septiembre); que el núcleo de la discrepancia está suficientemente expuesta, detallada y analizada en la sentencia de instancia y en el recurso formulado por escrito, por lo que la vista es manifiestamente innecesaria (SAP Murcia nº 417/2017, de 9 de octubre); e incluso se fundamenta que por haberse recogido el desarrollo del juicio en soporte CD, que ha sido puesto a disposición del Tribunal, de forma que ha podido tomarse cabal conocimiento del contenido del material probatorio que se practicó en dicho acto (SAP Málaga nº 380/2017, de 29 de septiembre).

En cuanto al contenido de dicha vista, la mayoría de las Audiencias entienden que tendrá por objeto la exposición oral por la parte apelante de los motivos en los que fundamenta su recurso de apelación, para explicitar los argumentos en los que cada una de las partes procesales sustentan sus pretensiones (SAP Burgos nº 155/2017, de 12 de mayo); esto es, que pueden llevar a una mejor convicción o explicación de los motivos del recurso (SAP Toledo nº 42/2018, de 21 de febrero).

En cualquier caso, en el supuesto de solicitar la celebración de dicha vista, es preciso concretar las razones de por qué se pide misma, ya que otro motivo para desestimar la petición de la parte es precisamente que no se fundamenta la razón que lleve a considerarla necesaria para una correcta formación de una convicción fundada (SAP Badajoz nº 88/2017, de 25 de abril; SAP Madrid nº 299/2017, de 23 de mayo; y SAP Baleares nº 460/2017, de 25 de octubre).

7.5. Supuestos en los que no es precisa la celebración de vista

También se ha ocupado de indicar el Tribunal Constitucional los supuestos en los que cabe condenar en segunda instancia sin necesidad de practicar prueba ni celebrar vista ante el órgano de apelación, los cuales aparecen resumidos en la STC nº 120/2009, de 18 de mayo, y más tarde recogidos en numerosas sentencias. Se expone a continuación la doctrina del TC al respecto, pero se debe precisar que, conforme al art. 792.2 LECrim, en los casos de recursos basados en error en la apreciación de la prueba (cualquier tipo de prueba), no puede el órgano ad quem condenar o agravar la condena (con independencia de que practique o no prueba, o celebre vista), sino que sólo puede anular la sentencia (y en su caso el juicio), y devolver las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida.

Con carácter general no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración (STC nº 157/2013, de 23 de septiembre).

Cuestiones jurídicas

No existe vulneración de la doctrina del TEDH y del TC cuando, a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado (STC Pleno nº 146/2017, de 14 diciembre; SSTC nº 36/2018, de 23 de abril; nº 59/2018, de 4 de junio; y STS nº 317/2018, de 28 de junio). Sería pues posible revocar una sentencia absolutoria después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito. En consecuencia para que se puedan dictar condenas ex novo en fase de recurso será necesario respetar íntegramente la resultancia fáctica, tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva (STS nº 396/2018, de 26 de julio).

Ahora bien, el TEDH no considera que concurre una mera discrepancia jurídica si para revocar la absolución e imponer la condena no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del Tribunal de instancia en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que *“ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas”* (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, ap. 36)¹².

Prueba documental

Tampoco cabe reproche constitucional a pesar de no haberse celebrado vista pública cuando, a pesar de darse tal alteración fáctica, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración. Así, cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC nº 40/2004, de 22 de marzo (FJ 5) cuando afirma que *“existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal”* (en el mismo sentido, SSTC nº 198/2002, de 26 de octubre, FJ 5; nº 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; y AATC nº 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; nº 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1). Lo esencial en estos casos es que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración (SSTC nº 272/2005, de 24 de octubre; nº 153/2011, de 17 de octubre; y nº 59/2018, de 4 de junio).

Prueba indiciaria

Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, al tener lugar dicha alteración fáctica derivada se discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, se tratará de una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesaria la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (SSTC nº 170/2005, de 20 de junio; nº 36/2008, de 25 de febrero; nº 127/2010, de 29 de noviembre; nº 46/2011, de 11 de abril; y nº 157/2013, de 23 de septiembre).

Por tanto, se tratará, únicamente, de aquellos supuestos en los que a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia, no resulten alterados en la de apelación, si bien el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia. La argumentación es que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (SSTC nº 43/2007, de 26 de febrero; nº 91/2009, de 20 de abril; y nº 36/2018, de 23 abril).

Prueba pericial

Respecto a la prueba pericial señala el Tribunal Constitucional que podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC nº 143/2005, de 6 de junio, FJ 6); esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC nº 75/2006, de 13 de marzo, FJ 8).

Por tanto, no cabrá efectuar reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga

¹² Doctrina recogida en la STC Pleno nº 88/2103, de 11 abril de 2013.

origen en una alteración fáctica que resulte del análisis de pruebas periciales documentadas al ser medios probatorios que no exigen presenciar su práctica para su valoración (STC Pleno nº 88/2013, de 11 de abril; y SSTC nº 142/2011, de 26 de septiembre; y nº 59/2018, de 4 de junio).

Ahora bien, señala una excepción; y es que no será así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC nº 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 4; y nº 21/2009, de 26 de enero, FJ 2).

7.6. ¿Cabe invocar la referida doctrina del TC en los casos de sentencia condenatoria?

Se plantea en la práctica si la doctrina fijada a partir de la STC 167/2002 puede alegarse sólo cuando se recurra una sentencia absolutoria, o si por el contrario también cabe que las partes o el órgano ad quem puedan invocar dicha doctrina cuando se trate de recursos contra sentencias condenatorias.

Pues bien, la respuesta la encontramos en la STC nº 184/2013, de 4 de noviembre, que analiza el supuesto en el que el Juez de instrucción condena al recurrente en amparo como autor de una falta de lesiones por imprudencia. La Audiencia Provincial, al resolver el recurso, consideró que, al quedar incididas pruebas personales, no podía proceder a su análisis sin publicidad, inmediación y contradicción, de conformidad con lo que dispuso aquel pronunciamiento constitucional. El TC señala que la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que invoca la sentencia recurrida, como recordaba el Pleno de dicho Tribunal en la STC nº 88/2013, de 11 de abril, se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Concluye que la jurisprudencia constitucional no veda dicha valoración probatoria cuando se trata de sentencias condenatorias en primera instancia, aunque tampoco la previa celebración de vista si el órgano judicial lo considera necesario para responder con todas las garantías a la pretensión formulada

Por tanto, no puede admitirse la invocación de la STC 167/2002 para negar el derecho al recurso frente a la condena penal impuesta en primera instancia.

La Circular 1/2018, siguiendo esta postura, señala que en los recursos contra sentencias condenatorias, *“el condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopesen la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas. El Tribunal ad quem por su parte, puede sustituir la valoración de la prueba realizada por el Tribunal a quo sin estar sujeto al principio de inmediación”*.

7.7. Posible solución al principio de inmediación en apelación

En primer lugar hemos de señalar que cuando la doctrina constitucional destaca la necesidad de dar cabida a la intervención de los protagonistas de las pruebas personales en la vista, con apoyo en la doctrina del TEDH, aclara que se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración (STC nº 120/2009, de 18 de mayo). Ahora bien, no se define el contenido de esa vista, pues, como señala *“no es misión de este Tribunal, como tantas veces hemos destacado (entre otras muchas, SSTC 16/2009, de 26 de enero, FJ 4; 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4, y 22/2013, de 31 de enero, FJ 3), interpretar las normas procesales sobre práctica de la prueba, singularmente en apelación, y la celebración de vista, sino fijar las condiciones mínimas de satisfacción de las garantías procesales ex art. 24.2 CE para condenar en segunda instancia”*. Lo relevante ha de ser la exigencia constitucional de que exista una

introducción de la prueba en la vista que ofrezca oportunidad al acusado por si tiene algo que manifestar (o qué preguntar a otros testigos cuando su defensa dependa de sus testimonios) sobre los hechos que se le imputan que pueda ser decisivo para que los jueces formen su convicción sobre el asunto.

Una vez señalado lo anterior, procede analizar la STC nº 105/2016, de 6 junio, en la cual se estudia el caso de unos acusados que fueron absueltos (a excepción de uno) del delito de alzamiento de bienes por el Juzgado de lo Penal.

En el recurso de apelación la acusación particular pidió el visionado de la grabación del juicio oral, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, que no interesó prueba; y el coacusado, y único condenado en primera instancia, aportó diversa documentación e interesó el señalamiento de vista.

Al comienzo de la vista el Presidente de la Sala informó del motivo de su celebración así como de su dinámica, habida cuenta de la ausencia de una regulación legal sobre el trámite específico de intervención de las partes. En concreto, señaló el Magistrado que intervendrían el Ministerio Fiscal y los Letrados para referir los aspectos de especial interés que quisieran destacar y luego se daría la palabra a los apelados, como así ocurrió. Tras los informes, el Presidente dio la palabra sucesivamente a los acusados, preguntándoles si quería añadir algo a lo dicho por su Abogado, y alegaron lo que estimaron oportuno.

La Sala revocó la Sentencia dictada por el Juzgado a quo en el sentido de condenar a los dos demandantes de amparo y al otro coacusado, como autores de un delito de alzamiento de bienes, por considerar que las pruebas practicadas acreditaban suficientemente la culpabilidad de los tres imputados. Y procede destacar que la Sentencia modificó el relato de hechos probados, centrándose la discusión en la concurrencia del elemento subjetivo del tipo de alzamiento de bienes, que se afirma en segunda instancia tras una reconsideración íntegra del caso.

Pues bien, en este supuesto señala el TC que *“los recurrentes tuvieron oportunidad de explicarse y rebatir los argumentos o deducciones susceptibles de perjudicarles, asentadas en prueba documental, y, de forma marginal, en el contenido de la declaración del recurrente acusado, cuya valoración era asequible para el órgano judicial ad quem pues la alteración de la inferencia que conduce a apreciar el elemento subjetivo fue el objeto de debate en segunda instancia, introducida por el Letrado de la acusación particular y contradicha por el Letrado de la defensa y expresamente explicada a los recurrentes por el Presidente de la Sala, y al respecto pudieron ser oídos los recurrentes en un debate contradictorio y público”*.

Es cierto que la sentencia que analiza el TC tuvo lugar con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2015; pero ello no obsta a que de lo manifestado por el máximo intérprete de la Constitución se desprende que, bien en la vista que tenga lugar tras pedir la reproducción de la grabación de la prueba ya realizada, bien en la celebración de la vista del art 741 LECrim (cuyo contenido, como se ha visto anteriormente, no se concreta en la Ley), si se cita a los acusados, y tras la referida reproducción, o en su caso de los informes correspondientes de las partes, se les da la oportunidad a aquéllos de *explicarse y rebatir los argumentos o deducciones susceptibles de perjudicarles*, queda satisfecho el principio de inmediación.

Ahora bien, en relación con el recurso de casación, señala el Tribunal Constitucional¹³ que la mera presencia del recurrente en estrados en la vista de casación no resulta suficiente para colmar las garantías del proceso debido en la segunda instancia, ya que la vista regulada en los arts. 893 y siguientes de la LECrim no permite articular la celebración de práctica de pruebas. Sobre esta cuestión la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el Acuerdo del 19 de diciembre de 2012, dispone que:

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

¹³ STC nº 172/2016, de 17 octubre.

7.8. Casuismo

Desde la referida Sentencia nº 167/2002, el Tribunal Constitucional ha aplicado esta doctrina en numerosos casos en los cuales la Audiencia Provincial revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y condenó en apelación; pudiendo citarse las siguientes:

- STC nº 170/2009, de 9 de julio; sobre un delito contra la propiedad industrial previsto en el artículo 274 del CP.
- STC nº 188/2009, de 7 de septiembre; sobre un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso con un delito de imprudencia con resultado de muerte.
- STC nº 214/2009, de 30 de noviembre; sobre un delito de malos tratos constitutivos de violencia doméstica del art. 153 del CP.
- STC nº 215/2009, de 30 de noviembre; sobre un delito continuado de abusos sexuales.
- STC nº 127/2010, de 29 de noviembre; sobre un delito de estafa.
- STC nº 191/2014, de 17 de noviembre; sobre un delito contra la seguridad vial.

También se ha aplicado en otros casos en los que la Audiencia Provincial agravó la condena del Juzgado de lo Penal:

- STC nº 1/2010, de 11 de enero; en la cual la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso del Fiscal, apreciando la comisión de un segundo delito de robo con fuerza las cosas.
- STC nº 30/2010, de 17 de mayo; en la cual la Sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la condena por un delito de falsedad en documento privado impuesta en Sentencia del Juzgado de lo Penal, condenándole además como autor de un delito de apropiación indebida.

A continuación hago un breve resumen de algunas Sentencias que consideró de interés:

- STC nº 45/2011, de 11 de abril.

El Juzgado de lo Penal condenó por un delito del art 383 CP, absolviendo de un delito del art. 379 CP.

La Audiencia Provincial condenó también por este último delito.

El TC considera que la Audiencia no revisó el juicio fáctico realizado en la instancia sino que difirió de su calificación jurídica por considerar que la relación entre los artículos 379.2, inciso primero, y 383 CP no es de concurso de normas, sino de delitos; por lo que el razonamiento de la Audiencia Provincial se limitó a un aspecto puramente jurídico.

- STC nº 46/2011, de 11 de abril.

El Juzgado de lo Penal absolvió del delito de alzamiento de bienes.

La Audiencia Provincial, sin celebración de vista, modificó parcialmente el relato de hechos probados, y condenó por dicho delito.

El TC resuelve que se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que la Audiencia Provincial, aun cuando manifieste que sólo tuvo en cuenta la prueba documental, realizó una revisión de las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral, al haber restado toda credibilidad a las declaraciones de los recurrentes y de otros testigos, a las que el órgano a quo atribuyó veracidad.

- STC nº 142/2011, de 26 de septiembre.

El Juzgado de lo Penal absolvió del delito contra la Hacienda pública.

Contra la anterior resolución interpuso el Abogado del Estado recurso de apelación, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, y que fue estimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, condenando a los acusados, tras modificar los hechos probados.

El TC resuelve que no se trataba de una cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, por lo que la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad resultaron a la postre condenados para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

- STC Pleno nº 88/2013, de 11 abril.

El Juzgado de lo Penal absolvió de un delito societario.

La Audiencia Provincial, sin celebración de vista y confirmando la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia, condenó por dicho delito.

El TC resuelve que se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, toda vez que la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, como el elemento subjetivo. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concierne tanto a las declaraciones de los recurrentes como del querellante que no fueron practicadas a su presencia.

- STC nº 157/2013, de 23 de septiembre.

El Juzgado de lo Penal absolvió del delito de estafa por doble venta.

La Sentencia de apelación parte del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia y condenó por dicho delito.

El TC considera que el Tribunal de apelación no se limitó a efectuar consideraciones meramente jurídicas o discrepar de la subsunción penal de los hechos declarados probados, sino que su decisión alcanzó a cuestiones de hecho apreciando la existencia del ánimo de engaño en los acusados, sin haber dado la posibilidad a lo acusados de ser oídos infringiendo su derecho defensa.

- STC Pleno nº 205/2013, de 5 de diciembre.

El TSJ absolvió a los acusados de un delito de desobediencia del art. 410.1 CP.

El TS, tras reproducir los hechos declarados probados, condenó por dicho delito.

El TC resuelve que el TS se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuricidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, por lo que no existió vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

- STC nº 172/2016, de 17 de octubre.

El TSJ condenó por imprudencia grave determinante de una prevaricación por infracción de normas esenciales del procedimiento, subsumible en el art. 447 CP.

EL TS condenó al acusado como autor de un delito de prevaricación judicial doloso.

El TC señala que debe concluirse que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del recurrente, toda vez que ha quedado acreditado que la cuestión controvertida en la segunda instancia versaba sobre el carácter imprudente (sostenido por la resolución de instancia) o doloso (que era lo que pretendía la acusación particular) de la conducta prevaricadora del recurrente, por lo que afectaba a la concurrencia de un elemento subjetivo del delito.

- SSTC nº 36 y 37/2018, ambas del 23 de abril.

La Audiencia Provincial entendió, con relación a una asociación de cannabis, que los hechos no eran constitutivos del delito contra la salud pública.

El TS dictó segunda Sentencia de casación en la que se declaró que los hechos probados eran constitutivos de dicho delito, apreciando la figura del error vencible de prohibición.

El TC resuelve que no era indispensable contar con una audiencia pública de los acusados, al haberse limitado el TS a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del órgano judicial a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos. Pero, al apreciar en la condena la figura del error, señala el TC que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó por lo tanto a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa (error vencible de prohibición) que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos debía ser preservada para garantizar su defensa efectiva (entre otras, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España).

- STC nº 59/2018, de 4 de junio.

En la primera instancia tuvo lugar la absolución por el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

En apelación se procedió a su condena, sin celebración de vista pública y tras modificarse la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia, al realizarse otra valoración de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito.

El TC considera producida la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ya que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica; se extendió, antes bien, sobre la apreciación del ánimo de consumir la conducta ilícita.

8. Motivos del recurso de apelación

8.1. Recurso por quebrantamiento de las normas y garantías procesales

El art. 790 en su apartado 2º se limita a decir:

2. 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 quebrantamiento de las normas y garantías procesales, ... en las que se base la impugnación.

Y el art. 792

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

Por tanto, como señala la Circular 1/2018, al no precisar el artículo motivo alguno, habrá de acudir a los arts. 850 y 851 LECrim sobre los motivos para interponer el recurso de casación

por quebrantamiento de forma. En consecuencia, a continuación se van a indicar una serie de pautas establecidas por la jurisprudencia a fin de facilitar la interposición de recursos por este motivo.

8.1.1. Motivos regulados en el art. 850 LECrim

Apartado 1º del art. 850

Señala la jurisprudencia¹⁴ que el motivo de denegación de prueba requiere para que prospere las condiciones siguientes: 1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales; y también puede solicitarse en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 786.2 LECrim). 2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo. 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación. En relación a este último requisito, la falta de protesta no es una mera formalidad ritual, sino que se trata de una condición de orden procesal, puesto que aquélla patentiza un desacuerdo con la decisión judicial tomada y por tanto una falta de aquietamiento con aquel pronunciamiento, y por ello su ausencia debe ser interpretada como conformidad (ATS nº 469/2017, de 2 de marzo).

Además, como se reitera por la jurisprudencia¹⁵, caso de tratarse de una prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después el de apelación, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. Y debe ser la parte que la propone, la que tiene que preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia.

Para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS nº 392/2018, de 26 de julio).

En aquellos supuestos en que el testigo se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización, o bien cuando el testigo se encuentre en el extranjero, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo han estimado lícito reemplazar la prueba testifical que no pueda practicarse en el juicio, por la lectura de las diligencias conforme a lo prevenido en el art. 730 LECrim (ATS nº 469/2017, de 2 de marzo).

Si se trata de procedimiento abreviado se requiere que se haya reiterado la petición de la práctica de la prueba denegada en el trámite de la audiencia preliminar al inicio del plenario (art. 785.1, parr 2º, LECrim); y lo mismo puede decirse en relación al sumario ya que el Tribunal Supremo tiene declarado que dicho trámite cabe también en dicho procedimiento (STS nº 872/2008, de 27 de noviembre; y STS de 15 marzo de 2012, rec. 417/2011).

Por último, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales o la licitud de una prueba puede adoptarse en la iniciación de la vista oral, conforme al art. 786.2, también es correcto aplazar tal decisión hasta el momento de dictar la sentencia siempre

¹⁴ Entre las últimas resoluciones puede citarse el ATS nº 1035/2018, de 19 de julio.

¹⁵ SSTS 28/2018, de 18 de enero; y nº 237/2018, de 22 de mayo.

que existan razones objetivas suficientes para ello (SSTS nº 330/2006 de 10 de marzo; y nº 401/2012, de 24 de mayo).

Apartado 2º del art. 850

Como recoge el propio precepto, no procederá apreciar este motivo si la omisión de citación hubiera sido subsanada, porque el no citado hubiera comparecido en la causa dándose por citado (ATS nº 698/2017, de 6 de abril).

Y por otro lado, el precepto se refiere a la falta de citación de una parte procesal, no admitiéndose, por ejemplo, en el supuesto recogido en la STS nº 642/2016, de 14 de julio, en el caso de no citar a una aseguradora, que nunca había sido parte en el proceso.

Apartado 3º del art. 850

Exige, para la estimación del recurso por denegación de preguntas, que las rechazadas fueran no sólo pertinentes, sino también se requiere que fuesen verdaderamente necesarias o de indudable influencia en la causa (STS nº 277/2018, de 8 de junio).

Asimismo, es relevante señalar que la opinión dominante en la jurisprudencia¹⁶ es la ampliación del motivo objeto de estudio a las preguntas dirigidas a los peritos.

Apartado 4º del art. 850

Señala la jurisprudencia¹⁷ lo siguiente:

- son capciosas las preguntas engañosas, que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios.
- son sugestivas las que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir las que sugieren la respuesta.
- y son impertinentes las que no tienen relación con el tema o temas objeto de debate en el proceso. En este sentido deben entenderse como inicialmente pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas que sean congruentes con los puntos debatidos, (SSTS nº 1756/2000, de 17 de noviembre; y nº 1125/2001, de 12 de julio); si bien la facultad del presidente de excluir preguntas impertinentes, abarca tanto la exclusión de aquellas que no tienen relación con el tema o temas objeto de debate en el proceso, como las que versen sobre una cuestión fáctica suficientemente debatida o sobre la que el Tribunal tenga formada la convicción en base a otros elementos probatorios en relación con el hecho objeto del interrogatorio (SSTS nº 169/2005, de 14 de febrero; y nº 429/2017, de 14 de junio).

Apartado 5º del art. 850

Este motivo vela por evitar la indefensión que la incomparecencia del acusado citado pudiere producir al comparecido; y desde la perspectiva de las acusaciones, resulta relacionado con el derecho a una tutela judicial efectiva, en relación con la alegada conveniencia formal del examen del acusado no juzgado, pero que es causa específica del artículo 850.1º (STS nº 94/2016, de 17 de febrero).

Los bienes en conflicto son, de una parte, la necesidad de enjuiciar los hechos dentro de un plazo razonable, y de otra, la realización del enjuiciamiento para todos los acusados en el hecho (STS nº 431/2014, de 28 mayo). Y debe ponerse en relación con el art. 746.6º párrafo segundo LECrim¹⁸ en el ámbito del proceso ordinario, siendo igualmente aplicable al procedimiento abreviado (STS nº 187/2013, de 11 de febrero).

¹⁶ STS nº 28/2018, de 18 de enero.

¹⁷ Por ejemplo, el ATS nº 806/2017, de 25 de mayo.

¹⁸ Art. 746.6º párrafo Segundo *“No se suspenderá el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia”*.

8.1.2. Motivos regulados en el art. 851 LECrim

Apartado 1º del art. 851

Contempla a su vez tres motivos.

Señala la jurisprudencia¹⁹ que existe falta de claridad en los hechos probados en los siguientes casos: cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Y además es necesario que dichos defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS nº 438/2018, de 3 de octubre), es decir las dudas, ambigüedades o lagunas deben recaer sobre elementos esenciales que sirvan a la inserción de la concreta conducta enjuiciada en la descripción típica (STS nº 718/2016, de 27 de septiembre).

Si bien, debe recordarse que la Sala Segunda permite integrar los hechos probados con las alegaciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho, de manera que el apartado de hechos probados exige su lectura completa junto a los apartados de la fundamentación de la sentencia que tengan un indudable contenido fáctico (ATS nº 739/2007, de 19 de abril); pero ello sin que puedan suplirse una omisión esencial en los hechos probados a través de datos fácticos contenidos en los fundamentos jurídicos (STS nº 802/2015, de 30 de noviembre).

En cuanto a la contradicción referida en dicho apartado, la STS nº 16/2009, de 27 de enero, recoge la doctrina jurisprudencial al respecto, diciendo que debe ser gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual. Se requiere también que sea absoluta, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato. Es precisa que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, exceptuándose aquellos apartados de esta última que tengan su indudable contenido fáctico. Por último, debe ser esencial, relevante para la calificación jurídica.

Con relación a la predeterminación del fallo, señala la jurisprudencia²⁰ que se precisan los siguientes requisitos para constituir un vicio determinante de la nulidad: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común; c) que tengan valor causal respecto del fallo; d) que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción.

Lo que pretende este motivo es impedir que se suplante la descripción de los hechos por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

Apartado 2º del art 851

Este motivo se introdujo por Ley de 28 de junio de 1933 a fin de terminar con la doctrina que venía sustentando el Tribunal Supremo relativa a que no era necesaria la declaración de hechos probados en las sentencias absolutorias, modificación legal que fue censurada por la doctrina por entender que en esas sentencias absolutorias frecuentemente lo que ocurría era

¹⁹ ATS nº 493/2018, de 8 de marzo; entre otras resoluciones.

²⁰ Entre las últimas puede citarse la STS nº 424/2018, de 26 de septiembre.

que tal pronunciamiento obedecía a la falta de prueba en cuyo caso el apartado relativo a los hechos probados sólo podía tener un contenido negativo: la precisión de aquello que no había resultado acreditado (STS nº 718/2016, de 27 de septiembre).

Por tanto, es preciso fijar, aunque sean mínimos, los hechos que han sido probados, a salvo los casos excepcionales y poco frecuentes en que nada puede reputarse acreditado (por ejemplo, nulidad de toda la actividad probatoria). No basta una genérica negativa. Es necesario un relato en positivo, sin perjuicio de que en tal caso pueda añadirse una declaración negativa indicando cuáles no han sido probados (STS nº 94/2016, de 17 de febrero).

Apartado 3º del art 851

Los requisitos para que prospere el recurso basado en este motivo son: que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; que se traten de pretensiones en sentido propio, y que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito (STS nº 424/2018, de 26 de septiembre).

Por tanto, no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, ya que, respecto a las alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas; al contrario de lo que sucede con estas últimas, las cuales exigen una respuesta congruente (STS nº 438/2018, de 3 de octubre).

Igualmente conviene precisar que toda alegación que verse sobre una incongruencia omisiva debe ir precedida del uso del expediente de integración de sentencias por vía de aclaración (art. 161 LECrim y art. 267 LOPJ). De acuerdo con esta previsión legal, no cabe denunciar incongruencia omisiva cuando la parte haya dejado transcurrir el trámite de la aclaración de sentencia sin instar un pronunciamiento expreso sobre la pretensión silenciada (STS nº 407/2018, de 18 de septiembre).

Apartado 4º del art 851

Con relación a este motivo señala la jurisprudencia²¹ que no se puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. En cuanto a los hechos, deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada.

La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que *“el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”*. Posteriormente en el Pleno del 27 de diciembre de 2007 aclaró que aquél debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

Apartado 5º del art 851

Como ya desde antaño recuerda el Tribunal Supremo²², esta circunstancia es de infrecuente aplicación en la práctica, y conlleva traumáticos e indeseables efectos procesales. Dichos efec-

²¹ SSTS nº 50/2018, de 30 de enero; y nº 409/2018, de 18 de septiembre; entre otras.

²² Por ejemplo, STS nº 1240/2003, de 7 de noviembre.

tos no son otros que la anulación de la sentencia recurrida, debiendo celebrarse nuevo juicio (SSTSnº 664/2006, de 21 de junio; y nº 869/2009, de 21 de julio).

El número de Magistrados que componen el Tribunal y la identidad de sus componentes en todo el desarrollo de la vista del juicio constituyen una de las garantías fundamentales del proceso, por ser la única forma de que los mismos hayan gozado de todos los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación, básico de la justicia penal.

En la deliberación y votación han de participar los mismos Magistrados que intervinieron en la vista, incluidos los trasladados o jubilados y ha de comenzar con la propuesta del ponente, que es también el primero en emitir su voto (arts. 253, 254 y 256 LOPJ y arts. 149, 151 y 155 LECrim); y las sentencias las firmarán todos los Magistrados no impedidos (art. 259 LOPJ).

En el supuesto del ATS nº 22/2018, de 16 de noviembre, se indica que se trató de un mero error el que aparezca en la Sentencia una Magistrada que no actuó en el juicio, por lo que no cabe apreciar vulneración alguna; se trata de un error material, que se puede salvar de conformidad con lo establecido en el artículo 267.3 LOPJ.

El Tribunal Supremo, en S. nº 681/2017, de 18 de octubre, analiza el supuesto del fallecimiento de uno de los Magistrados que asistió al juicio oral, y a la deliberación del enjuiciamiento, no pudiendo firmar la sentencia; recordando el Alto tribunal que a esa concreta situación se refiere el art. 257.4 LOPJ para solventar las situaciones como la acaecida por parte de un enjuiciamiento en el que, tras su celebración y deliberación, algún Magistrado se ve imposibilitado para la firma.

Cuestión distinta es la que se recoge en STS nº 664/2006, de 21 de junio, donde uno de los Magistrados había fallecido durante el tiempo de tramitación del recurso de casación interpuesto contra una resolución anterior que fue anulada por el Tribunal Supremo por la concurrencia del defecto formal de “incongruencia omisiva”; por lo que los otros dos Magistrados procedieron a la redacción y firma de la nueva Sentencia. En este caso, se indica, no puede resultar de aplicación lo previsto en el artículo 257.4 LOPJ, pues se trataba de la subsanación de un error anterior, y que sólo la integridad de los miembros que lo habían cometido podían corregir, esto es, procedía la constitución de la Sala desde un inicio para el dictado de la nueva Sentencia, y tuvo lugar por un número de Magistrados inferior al legalmente establecido.

En el caso de la STS nº 869/2009, de 21 de julio, uno de los Magistrados firmante de la Sentencia no asistió a la práctica de una prueba pericial anticipada a celebrar con los médicos forenses (acudiendo a dicha prueba los dos otros firmantes, junto con uno diferente de aquél). Por ello acuerda la anulación de la sentencia recurrida, debiendo celebrarse nuevo juicio con intervención de Magistrados distintos de los que habían intervenido ya que “*el cambio de miembros del Tribunal constituye una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al faltar un principio tan importante como es el de inmediación*”.

8.2. Recurso por error en la apreciación de las pruebas

8.2.1. Ideas generales

En esta materia hemos de tener en cuenta los siguientes preceptos:

Art. 790.2 parr 3º LECrim

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

Art. 792

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

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

Esta nueva regulación, tras la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015, ha limitado las posibilidades de censura de las partes acusadoras basadas en errores en la valoración de la prueba, de tal manera que no pueden intentar la condena en la segunda instancia si la sentencia fue absolutoria por no entender probados los hechos o la participación del acusado. Tan solo está a su alcance un novedoso motivo de apelación (como lo califica la jurisprudencia) que sólo llevará a la anulación de la sentencia si se justifica la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

Al no especificar la ley si se trata de pruebas personales o de otro tipo, habrá que entender que no se puede distinguir entre unas u otras, a diferencia de lo que se exponía anteriormente en el apartado 7.5. sobre la doctrina constitucional al respecto. Y, conforme a dichos preceptos, y tal y como recuerda la Circular 1/2018, el Tribunal de apelación no podrá modificar los hechos probados para condenar o agravar la condena, sin distinción en cuanto a si la prueba a valorar requiere o no inmediación.

En resumen, cuando se interponga un recurso frente a una Sentencia absolutoria, o en el caso de que se pretenda una agravación de la condena, basado en error en la valoración de la prueba (de cualquier clase que sea), no se puede solicitar al órgano ad quem una condena o agravación de la misma, sino únicamente la nulidad de dicha Sentencia (o del juicio, en su caso), y por tanto la devolución de las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida a fin de dictar una nueva tras realizar la valoración de la prueba.

8.2.2. Insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica

Respecto al primer motivo, la jurisprudencia²³ reiteradamente ha manifestado que la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés.

La “cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada” afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. En la STC 107/2011, de 20 de junio,²⁴ se indica que el derecho a la tutela se considera satisfecho siempre que la motivación no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente.

Si bien, señala la STS nº 417/2018, de 24 de septiembre, que no se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, “*porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente; jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza*

²³ AATS nº 1029/2018, de 19 de julio; nº 992/2018, de 19 de julio; y STS 417/2018, de 24 de septiembre; entre otras muchas resoluciones.

²⁴ Recientemente recogida en la STS nº 253/2018, de 24 de mayo.

de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable”.

8.2.3. Apartamiento de las máximas de experiencia

Las máximas de experiencia son, según Friedrich Stein²⁵, definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Sobre las máximas de experiencia la jurisprudencia ha manifestado que el hecho de que la valoración de la prueba se ajuste a los parámetros de racionalidad y experiencia supone eliminar las valoraciones absurdas y arbitrarias (STS nº 162/2018, de 5 de abril); esto es, el Tribunal de apelación debe verificar si la convicción alcanzada por el órgano a quo no puede calificarse de absurda o arbitraria (STS nº 405/2018, de 18 de septiembre); llegando incluso en alguna ocasión a equipar las máximas de la experiencia con *“por todos es sabido”* (tal y como recoge el Tribunal Supremo, en la Sentencia nº 425/2018, de 26 de septiembre).

En consecuencia, sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio (SSTS nº 976/2013, de 30 de diciembre; nº 892/2016, de 25 de noviembre; y nº 232/2018, de 17 de mayo).

8.2.4. Omisión de razonamiento sobre las pruebas practicadas o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada

En cuanto al último motivo, señala el Tribunal Supremo²⁶ que, si bien el deber de motivación fáctica exige, entre otras cosas, razonar de forma que pueda comprobarse que se ha valorado racionalmente toda la prueba, ello no implicará siempre que deban citarse en la sentencia todas y cada una de las pruebas, incluidas aquellas accesorias o marginales. Tampoco obliga a detallar uno por uno cada elemento probatorio; citándose como ejemplo, que no sería reprobable omitir toda mención de alguna prueba aparentemente de descargo compatible con la inculpatoria que avale inequívocamente la culpabilidad.

Con relación a este motivo, para que las pruebas sean válidas, es preciso que hayan sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica (ATS nº 590/2017, de 23 de marzo).

Y, para que concurra una declaración de nulidad y la ineficacia de alguna diligencia sumarial, tendría que tener ésta la condición de prueba preconstituida o de prueba anticipada, de modo que operara de forma directa en la fase de juicio oral como material probatorio que no hubiera podido contradecir el recurrente en el momento procesal en que se tramitó (STS nº 290/2018, de 14 de junio).

La Circular 1/2018 señala que *“es posible que la nulidad haya generado indefensión, por lo que podría pensarse en la alegación del motivo de quebrantamiento de las normas y garantías procesales, pero el hecho de que el Legislador mencione expresamente este supuesto dentro del motivo de error en la valoración de la prueba aconseja que, al menos, los Sres. Fiscales aleguen ambos motivos conjunta o alternativamente en sus recursos de apelación”.*

Pues bien, cabe recordar que los supuestos de indefensión se limitan a a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen in-

²⁵ Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Ediciones Universidad de Navarra, 1973, pag 30.

²⁶ STS nº 248/2018, de 24 de mayo.

mediato y directo en tales actos u omisiones. Y la reciente STS nº 486/2018, de 18 de octubre, recoge la postura del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión²⁷:

“para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado”.

8.3. Recurso por infracción de normas del ordenamiento jurídico

8.3.1. Ideas generales

El art 790.2 se refiere a *infracción de normas del ordenamiento jurídico*, por lo que, al hablar de “infracción” sin más, se incluyen los supuestos de aplicación errónea de una norma sustantiva o inaplicación de misma. Y al referirse a *normas del ordenamiento jurídico* cabe entender que no se limita a preceptos penales, sino a cualquiera que pueda tener alguna incidencia en el proceso, siempre que se trate de normas sustantivas. Y en este sentido se pronuncia la Circular 1/2018.

Cuando se trate de infracción de ley, se requerirá por parte del Tribunal ad quem un pleno respeto a los hechos probados y que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica. Y en estos supuestos, tal y como se argumenta en el apartado 7.5., podrá dicho Tribunal revocar la Sentencia absolutoria sin necesidad de la celebración de vista o de la práctica de prueba en segunda instancia.

8.3.2. Problemática de los elementos subjetivos del tipo

El Tribunal Supremo venía proclamando que la revisión del elemento subjetivo del tipo se trataba de una cuestión jurídica que podía resolverse sin celebración de vista pública para practicar la prueba a revalorar, estableciendo que la fijación de un hecho probado a partir de una inferencia sobre datos circunstanciales no era un juicio fáctico sino jurídico. Pero la propia Sala Segunda procedió a revisar este criterio. Ya en la STS nº 840/2012, de 31 de octubre, declaró que no es posible revisar la declaración de hechos probados, en concreto el elemento subjetivo del tipo, sino es mediante la celebración de una vista que cumpla con los requisitos del TEDH y la STC 167/2002. Este cambio de criterio aparece también, entre otras, en las SSTS nº 916/2012, de 28 de noviembre; nº 1058/2012, de 18 de diciembre; y nº 218/2014, de 13 de marzo; y en todas ellas desestimando los motivos de la acusación o del Ministerio Fiscal que pedían tal revalorización.

El Tribunal Constitucional (STC Pleno nº 146/2017, de 14 de diciembre; SSTC nº 105/2016, de 6 de junio; nº 36/2018, de 23 de abril; nº 59/2018, de 4 de junio), por su parte, en un principio vino considerando, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (SSTC nº 127/2010, de 29 de noviembre; y nº 126/2012, de 18 de junio); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC nº 137/2007, de 4 de junio) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (entre otras, SSTC nº 328/2006, de 20 de noviembre; y nº 184/2009, de 7 de septiembre).

²⁷ SSTC nº 185/2003, de 27 de octubre; y nº 164/2005, de 20 de junio.

Pero las garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del TEDH, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, la STC nº 126/2012, de 18 de junio, afirmó *“que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado”*.

Y esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación; y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista²⁸, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y del Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 CEDH; por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 20 marzo 2012, caso Francisco Contreras c. España; o 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España; destacando en esta materia la de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España.

En suma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llega a la consideración de que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado.

En esta cuestión la Circular 1/2018 indica que en algunos casos pueden plantearse dudas sobre si la discrepancia en cuanto a la vertiente subjetiva del caso es cuestión estrictamente jurídica o implica una modificación en la valoración fáctica. Y en la misma señala que:

“(…) subsidiariamente y ad cautelam, además de articular el recurso por infracción de Ley, los Sres. Fiscales recurrirán por error en la valoración de la prueba y/o infracción de precepto constitucional, interesando subsidiariamente que para el caso de que el Tribunal ad quem no se considere competente para dictar sentencia sobre el fondo por resultar afectados los hechos probados, se proceda a la anulación de la sentencia de instancia y, en su caso, a la nueva celebración del juicio ante el Tribunal a quo”.

9. Referencia al recurso de casación contra la Sentencia resolutoria del recurso de apelación

9.1. Ideas generales

En los supuestos en los que las sentencias contra la que se plantea el recurso de casación sea la resolutoria del recurso de apelación, ha señalado la jurisprudencia (SSTS nº 486/2018, de 18 de octubre; y nº 504/2018, de 25 de octubre) que *“el recurrente deberá plantear sus discrepancias, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte”*.

El artículo 847 LECrim dispone lo siguiente:

1. *Procede recurso de casación:*

a) *Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:*

1.º *Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.*

²⁸ Según el Acuerdo del TS de 19 de diciembre de 2012, antes citado.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El apartado a) se refiere, en la materia que nos ocupa, a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia que resuelven los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado.

Y el apartado b) a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en procedimiento abreviado y en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y las pronunciadas por el Juzgado Central de lo Penal en procedimiento abreviado.

En relación a los juicios sobre delitos leves, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016 (segundo) dispone que *“el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves”*; y ello de conformidad con lo establecido en el art. 977 LECrim, el cual reza que: contra la sentencia que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno.

Como ahora se expondrá, cabe el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma (art. 847.1.a), y por vulneración de precepto constitucional (art. 852) contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Sin embargo, sólo se puede invocar infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Si bien, no cabe recurso de casación contra las sentencias que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia (según el art. 847.2).

9.2. Recurso de casación por quebrantamiento de forma

Respecto al quebrantamiento de forma, me remito a lo expuesto anteriormente sobre los motivos recogidos en los arts 850 y 851 LECrim. Si bien, cabe destacar que una vez que han sido planteado este motivo en la apelación y resuelto en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación (conforme al art. 847.2 LECrim), la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada (ATS nº 1141/2018, de 4 de octubre; y STS nº 504/2018, de 25 de octubre).

9.3. Recurso de casación por infracción de ley

En cuanto a la infracción de ley, el art. 849 LECrim dispone que:

Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

Primero. Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

Segundo. Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Respecto al apartado primero de dicho artículo indica la jurisprudencia (SSTS nº 355/2018, de 16 de julio; y nº 375/2018, de 19 de julio) que *“por precepto penal sustantivo ha de entenderse*

las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidas en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal”.

En esta cuestión se ha de partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016 (primero) que, en relación con la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, dice lo siguiente sobre la interpretación del art. 847.1, letra b):

“a) El art. 847 1º letra b) de la Lecrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 Lecrim)”.

Y a continuación añade que los recursos deben tener interés casacional, y, recogiendo lo dispuesto en el preámbulo de la Ley 41/2015, entiende que el recurso tiene interés casacional:

- “— si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo,*
- si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales,*
- si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.*

Esta interpretación de la Sala Segunda se ha visto refrendada tanto por el Tribunal Constitucional²⁹ como por la Ley 41/2015³⁰.

Se trata, por tanto, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica; siendo un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

Como señala el Acuerdo, el motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado (SSTS nº 486/2018, de 18 de octubre; y nº 501/2018, de 24 de octubre); o en otro caso, obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS nº 434/2018, de 28 de septiembre).

²⁹ El Auto del Tribunal Constitucional nº 40/2018, de 13 de abril, señala que *“el tenor literal del artículo 847.1 b) LECrim justifica la decisión de inadmisión cuestionada pues establece que, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional procede recurso de casación únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número primero del artículo 849 LECrim”.*

³⁰ En su preámbulo dispone que *“para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad”.*

Por otro lado, cabe la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, pero no permite el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria. En consecuencia, las alegaciones sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del principio in dubio pro reo, del derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la arbitrariedad, son ajenas a este motivo (ATS de 29 junio de 2018, rec. 20468/2018).

Por tanto, no cabe alegar en este motivo la vulneración de derechos fundamentales, debiendo acudir al art. 852 LECrim, el cual dispone: *“en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”*.

Con anterioridad a la reforma ya se pronunció en este sentido el Alto Tribunal; y así, la STS nº 362/2012, de 18 mayo, señalaba que *“el precepto que debe ser invocado cuando se denuncia la supuesta vulneración de un precepto constitucional, es el art 852 de la Lecrim, bien por sí solo o bien en combinación con el art 5 4º de la LOPJ, y no el art 849 1º de la Lecrim que cumple una función diferente y muy específica en la arquitectura casacional y que exige para poder cumplir adecuadamente dicha función unos requisitos incompatibles con los supuestos de vulneración constitucional”*.

Y, a pesar de las dudas que podía suscitar la posibilidad de alegar en el recurso en casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la vulneración de derechos fundamentales (al comenzar el referido precepto diciendo “en todo caso”), el citado Acuerdo del Tribunal Supremo ya no deja lugar a dudas, al apuntar que deben *“ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2º, 850, 851 y 852”*.

También indica el Tribunal Supremo³¹ que la función final de individualización de la pena no corresponde al Tribunal de casación sino al sentenciador, por lo que en sede casacional únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable.

Respecto al art. 849.2º (error en la apreciación de la prueba) la doctrina de la Sala Segunda (recientemente estudia esta cuestión la STS 469/2018, de 15 de octubre) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento.

Ahora bien, no todos los documentos pueden integrar dicho motivo, y en este sentido la citada Sentencia analiza con detalle los que carecen de naturaleza documental a estos efectos casacionales, y son los siguientes:

- Las diligencias policiales (STS 480/2003, 4 de abril).
- La diligencia de inspección ocular (STS 16 de noviembre de 2011).
- Las sentencias judiciales, sean o no del orden penal (STS 18 de febrero de 2009).
- Las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011).
- Las fotografías; pues su contenido se halla matizado por el lugar desde donde se toman, de la iluminación, el color, lo que obviamente, sólo puede ser valorado por el Tribunal de Instancia (STS nº 134/2016, de 24 de febrero).

³¹ ATS nº 1178/2018, de 6 de septiembre, entre otras resoluciones.

- El soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio (STS nº 78/2016, de 10 de febrero).
- El acta del juicio, pues aunque acredita la realidad procesal que en ella se refleja y por tanto el de las pruebas practicadas y el modo en que se desarrollaron, ello difiere de la eficacia y alcance demostrativo de esas pruebas respecto de los hechos que constituyen su objeto (STS 15 de febrero de 2010).
- Como regla general, los informes periciales; pues en cuanto que pruebas personales, no integran naturaleza de documento literosuficiente a estos efectos. Si bien, la jurisprudencia de forma excepcional ha admitido como tal el informe pericial cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (STS nº 259/2016, de 1 de abril). Ahora bien, ello no autoriza a una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe.

Este motivo en modo alguno autoriza una revisión genérica de la valoración de la prueba (STS nº 367/2018, de 18 de julio); sino que la finalidad del mismo consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Y, por último, es necesario que la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, con virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar.

Asimismo en dicho motivo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido (tal y como exige el art. 855 parr 2º LECrim), y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo (ATS nº 1178/2018, de 6 de septiembre).

Por último, se debe insistir en que los motivos tienen que haberse alegado previamente en el recurso de apelación, dado que no cabe en el recurso de casación planteamiento de cuestiones no debatidas en aquél.

El recurso de casación: preparación del recurso y resoluciones recurribles

El recurso de casación por infracción de ley del Artículo 849 nº 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Autor: Fernando Prieto Rivera
Fiscal del Tribunal Supremo

Resumen

La reforma procesal de 2015 que ha generalizado la doble instancia penal y remodelado la casación con la finalidad de hacer efectiva su función unificadora de la doctrina penal hacía necesario un examen de los requisitos que deben reunir los escritos de preparación del recurso de casación que, lógicamente, deben adaptarse a la nueva regulación que obliga a la previa interposición del recurso de apelación, haciendo especial referencia al denominado recurso por interés casacional; y, por otro lado, también era necesario recordar la importancia del escrito de preparación, pese a su aparente sencillez, como presupuesto esencial para el éxito de la pretensión ejercida mediante el recurso.

La ponencia tratará, igualmente, la problemática de las resoluciones recurribles, analizando la nueva redacción de los artículos 846 ter, 847 y 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el régimen transitorio aplicable a los procesos incoados antes de la entrada en vigor de la reforma.

Por último, se analizará el motivo por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley y las evidentes limitaciones que presenta este motivo para modificar las sentencias absolutorias o agravar las de condena siguiendo los dictados de la doctrina jurisprudencial elaborada a partir de los pronunciamientos emanados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sumario

1. Preparación del recurso de casación. 1.1. Requisitos. 1.1.1. Recurso por infracción de ley del nº 1º del art. 849 LECrim. 1.1.2. Recurso de casación por infracción de ley del nº 2º del art. 849 LECrim. 1.1.3. Recurso por quebrantamiento de forma del art. 850 LECrim. 1.1.4. Recurso por quebrantamiento de forma del art. 851 LECrim. 1.1.5. Recurso por infracción de preceptos constitucionales. 1.2. Especialidades. 1.2.1. Recurso de casación al amparo del art. 847.1 b) LECrim. 1.2.2. Recurso de casación en el procedimiento del jurado. 1.2.3. Recurso de casación para unificación de doctrina en menores y vigilancia penitenciaria. 1.3. Plazo, admisión y queja. 1.3.1. Plazo. 1.3.2. Admisión. 1.3.3. Recurso de queja. 1.4. desistimiento. 1.5. El informe del Fiscal. 2. Resoluciones recurribles. 2.1. Régimen transitorio. 2.1.1. Sentencias. 2.1.2. Autos. 2.2. Régimen vigente. 2.2.1. Sentencias. 2.2.2. Autos. 3. Recurso de casación al amparo del nº 1º del art. 849 LECrim. 3.1. Infracción de ley y sentencias absolutorias. 3.2. Infracción de ley y elemento subjetivo. 3.3. Infracción de ley y error en la apreciación de la prueba. 3.4. Infracción de ley e integración del factum. 3.5. Infracción de ley e infracciones procesales. 3.6. Infracción de ley y alternativas fácticas.

1. Preparación del recurso

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha introducido relevantes modificaciones en el ámbito de las resoluciones recurribles en casación con la finalidad de otorgar carta de naturaleza al propósito que se plasma en su Preámbulo de generalizar

la doble instancia penal y conseguir que el recurso de casación cumpla de forma eficaz con su función unificadora de la doctrina penal, pero ha mantenido incólume la regulación procesal de la preparación, interposición y decisión del recurso, a excepción de la posibilidad de inadmisión por Providencia del recurso de casación en el supuesto previsto en el novedoso art. 847.1.b) por carencia de interés casacional.

No obstante, parece conveniente recordar los requisitos necesarios que debe reunir un escrito de preparación del recurso de casación, no solo teniendo en cuenta que ya ha precedido, en la mayor parte de los Autos susceptibles de recurso y en la totalidad de las Sentencias, una previa revisión de la resolución por la vía de la apelación, para los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, conforme reza la Disposición Transitoria Única de la referida Ley, sino también por el novedoso recurso, que tras apelación, se ha previsto para aquellas infracciones de menor gravedad de las que conocen el Juez de lo Penal o Central de lo Penal o el Juez de Instrucción en el ámbito del enjuiciamiento rápido, recurso mal llamado de interés casacional o de unificación de doctrina, que se tramita como recurso de casación ordinario, aunque solamente admite el motivo por infracción de ley, y que no reúne las características del recurso que para unificación de doctrina se ha introducido en materia de menores o de vigilancia penitenciaria, o de los previstos en la jurisdicción civil o laboral, recurso que en su preparación debe ajustarse a una serie de requisitos, como veremos a lo largo de la exposición.

Todo ello sin olvidar la pendencia de numerosos procedimientos, aún sin enjuiciar o ya enjuiciados, incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma procesal en los que la casación se rige por la normativa actualmente derogada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única ya citada. Esto tiene su importancia, porque en un caso se revisa una sentencia dictada en primera instancia, y, en otro, una sentencia dictada en apelación, siendo diferentes los requisitos que debe reunir el escrito de preparación en cada caso, según veremos cuando examinemos los motivos concretos por los cuales se puede preparar el recurso de casación.

Por otro lado, tampoco puede olvidarse que el recurso de casación, a diferencia del de apelación, es un recurso que se desarrolla en dos fases diferenciadas: una fase de preparación que se desarrolla ante el órgano que dictó la resolución que se pretende recurrir, y otra fase de interposición y decisión que se desarrolla ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. A la Fiscalía territorial (de la Audiencia Provincial, del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Nacional, Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada y Antidroga en los asuntos de los que conozca la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional) le compete el anuncio y preparación del recurso. A la Fiscalía del Tribunal Supremo le compete, en exclusividad, la formalización del recurso, lógicamente supeditado a los términos del previo escrito de preparación, concretamente a los motivos de casación que se anunciaron en dicho escrito.

La interrelación entre ambas fases es tal, que una deficiente preparación del recurso puede producir el indeseable efecto de imposibilitar su interposición o de provocar su inadmisión a trámite.

Por las razones expuestas, se pretende ofrecer en este apartado de la ponencia una guía práctica, sin pretensiones apodícticas y desde la experiencia acumulada en la Fiscalía del Tribunal Supremo, que sirva a los Fiscales para la elaboración de los escritos de preparación del recurso de casación y evitar que las posibles deficiencias y omisiones en el anuncio del recurso produzcan los perniciosos efectos descritos en el párrafo anterior. Para ello se tendrán en cuenta los pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado y la doctrina jurisprudencial.

Por último, antes de entrar en el análisis de los distintos epígrafes en los que he dividido la exposición de este apartado de la ponencia, es necesario poner de relieve que la ampliación de la casación a las infracciones de menor gravedad competencia de los Juzgados de lo Penal, que constituyen el núcleo más numeroso de los hechos delictivos que se enjuician en nuestro país, se convierte en un instrumento eficaz para los Fiscales en orden a combatir clamorosos errores de subsunción jurídica o interpretaciones erróneas sobre los elementos de los tipos penales

que se han detectado en las sentencias de apelación dictadas por las Audiencias Provinciales que, con anterioridad a la reforma procesal, fenecían en ese trámite.

Sin embargo, son escasos los recursos preparados por la vía del art. 847.1. b) remitidos por las Fiscalías territoriales. Ello puede obedecer a dos tipos de razones. Por un lado, la ineficacia del sistema de notificaciones de dichas resoluciones implantado en las Fiscalías que impida conocer a los integrantes de la plantilla los criterios mantenidos por cada una de las Secciones de la Audiencia Provincial, allí donde exista más de una, agravado en los casos de territorios que cuenten con una pluralidad de Secciones. Por otro lado, la deficiente consulta de la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) dependiente del Consejo General del Poder Judicial, que permite acceder al contenido de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de los distintos territorios.

Como quiera que es suficiente con la existencia de dos sentencias de contraste, dictadas por Secciones distintas de la misma Audiencia Provincial o de diferentes Audiencias para poner en marcha la casación por interés casacional, e incluso una sola sentencia cuando se aparte de los criterios asentados en la doctrina jurisprudencial, se hace preciso que se configure un eficaz sistema de notificación de las sentencias de apelación que, bajo la supervisión del Fiscal Jefe y con la necesaria coordinación, permita recurrir en casación todas aquellas sentencias de apelación dictadas por las Audiencias Provinciales que incurran en clamorosos errores de subsunción jurídica o interpretaciones erróneas sobre los elementos del tipo penal

1.1. Requisitos

La Ley procesal dedica un solo precepto a los requisitos que debe reunir el escrito de preparación, señalando el art. 855 que en dicho escrito el recurrente deberá:

- Manifestar la clase o clases de recurso que trate de utilizar, en referencia a los motivos que se consignan en los arts. 849 a 852 de la LECrim.
- Designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestre el error en la apreciación de la prueba en el supuesto del art. 849.2 de la Ley.
- Designar, sin razonamiento alguno, la falta o faltas cometidas y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarlas y su fecha en los motivos por quebrantamiento de forma.

Se trata, por tanto, de un escrito de extremada sencillez en el que debe identificarse la resolución que se pretende recurrir y el órgano que la ha dictado, la fecha de notificación de la resolución a los efectos de acreditar que el escrito se encuentra dentro de plazo e indicar los motivos de casación que pretende utilizar el recurrente, con las especialidades que se indican para los motivos de error en la apreciación de la prueba y quebrantamiento de forma. Pero, en ningún caso, pueden desarrollarse en el escrito los motivos de fondo que a juicio del recurrente justifican la revocación de la resolución. La razón es muy simple: se trata de un mero anuncio de la interposición del recurso ante el órgano que dictó la resolución, que no puede rechazarlo por razones de fondo, y que deberá interponerse en plazo diferente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en nuestro caso por la Fiscalía del Tribunal Supremo.

No obstante, la aparente sencillez del escrito no oculta su trascendencia, puesto que un motivo no concretado en el escrito o directamente omitido, impide que se formalice el recurso por dicho motivo con los funestos efectos que puede acarrear para el éxito de la pretensión.

En cualquier caso, conviene advertir, antes de examinar en los siguientes epígrafes los diferentes motivos de casación y su concreción en el escrito de preparación, que salvando los supuestos en los que la discrepancia frente a la resolución se residence, exclusivamente, en la errónea calificación jurídica o la infracción de preceptos penales sustantivos que se desprenda del relato de hechos probados (art. 849.1 de la LECrim), en los restantes supuestos, cuando surja la duda razonable sobre la posibilidad de combatir la resolución por varios motivos, sea

por error documental, quebrantamiento de forma o infracción de preceptos constitucionales, resulta aconsejable preparar el recurso por la totalidad de ellos. Tiempo habrá, en la fase de interposición del recurso, de decidir, por quien tiene competencia para ello, por qué motivo o motivos se formalizará el recurso. De esta forma se evitará que la ausencia de mención de un motivo en el escrito de preparación, esencial para la prosperabilidad del recurso, determine que no se pueda formalizar el recurso o, en su caso, su postrera desestimación.

Igualmente, aunque el citado precepto nada menciona, cuando sean varios los acusados, condenados o absueltos, es necesario manifestar, no solo la clase o clases de recurso que se pretenda utilizar, sino también el acusado o acusados que resultan afectados por la interposición del recurso. Se trata de una consecuencia lógica que se extrae de la lectura combinada de los arts. 861 bis a) y b) de la LECrim. Según el primero, las sentencias contra las que pueda interponerse recurso de casación no se ejecutarán hasta que transcurra el término señalado para prepararlo. A tenor del segundo, cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, contra los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 903. Es decir, que si alguno de los procesados no prepara en plazo el recurso de casación y el escrito de preparación del Fiscal o, en su caso, de las acusaciones personadas no se dirigen a combatir su absolución o condena, tiene derecho a que se declare la firmeza de la resolución y que se proceda a su inmediata ejecución. No puede olvidarse, que si ha sido condenado, tiene derecho a que se resuelva de forma inmediata sobre los beneficios de la condena condicional si reúne las condiciones fijadas en los arts. 80 y ss del Código Penal, y si está en prisión, a que no se prolongue indebidamente la situación de prisión provisional. Y si ha sido absuelto, tiene derecho a que no se prolonguen indebidamente las medidas cautelares, que en su caso hayan podido adoptarse, para asegurar las responsabilidades pecuniarias (fianzas, avales, etc.), tal y como dispone el tercer párrafo del art. 861 bis a).

Sin embargo, no son infrecuentes los escritos de preparación de recursos de casación de las distintas Fiscalías territoriales en los que no se mencionan los acusados frente a los que se pretende interponer el recurso, práctica indeseable que debe quedar desterrada.

Completa el cuadro de requisitos generales del escrito de preparación el testimonio autorizado de la sentencia y de los votos particulares si los hubiera que debe librar el Letrado de la Administración de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 859 de la LECrim., y que debe acompañarse con el informe fiscal que se remita a la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Son numerosas las instrucciones generales y especiales impartidas por la Fiscalía General del Estado¹, ciertamente añejas pero que mantienen plena vigencia, que recuerdan la inexcusable obligación de acompañar no una copia de la sentencia impugnada, sino un testimonio autorizado de ella, y se advertía que *“la omisión de este requisito, impuesto por un precepto legal de claro sentido y alcance, nos obliga frecuentemente a cumplirlo haciendo agobiantes reclamaciones telegráficas, y nos expone, cuando la subsanación no se hace a tiempo, a formalizar un recurso con dudosa viabilidad formal”*.

Decimos que se trata de un problema de plena actualidad, porque no son pocas las ocasiones en las que se reciben informes a los que se acompaña una copia simple de la sentencia, normalmente remitidos por medios telemáticos -correo electrónico o fax-, y, posteriormente, de forma tardía y muy avanzado el término del emplazamiento, se remite el testimonio literal debidamente certificado, e incluso, en algunas ocasiones, no se remite el obligado testimonio literal y se formaliza el recurso uniendo la copia de la sentencia. Aunque es razonable que una vez notificado el emplazamiento, se remita de inmediato y por el medio de comunicación más rápido posible el informe elaborado por la Fiscalía y la copia de la resolución que se pretende recurrir, no es menos razonable que se arbitren medidas para que la resolución certificada se reciba en la sede de la Fiscalía del Tribunal Supremo con la antelación suficiente y antes de que finalice el término del emplazamiento.

¹ Circulares 1/1954, 2/1966, 5/1966, 1/1980 e Instrucciones 1/1985 y 3/1992.

En mi opinión, la falta de aportación del testimonio literal de la resolución en los recursos interpuestos por el Fiscal constituye un defecto formal subsanable que no determinaría su inadmisión a trámite, a diferencia de lo que sucede cuando no se concretan o se omiten los motivos en los escritos de preparación. No obstante, debe evitarse que tales defectos formales puedan cuestionar la prosperabilidad del recurso.

A los requisitos legales establecidos en la norma, añade la Fiscalía General, en las instrucciones a las que hemos hecho referencia, el testimonio literal del escrito de preparación con la finalidad de que la Fiscalía del Tribunal Supremo conozca los términos exactos e inequívocos en que el recurso fue preparado.

Por último, como recuerda, igualmente, la Circular 1/1980, sobre preparación de los recursos de casación penal, antes de formular escrito de preparación del recurso, deberá valorarse por la Fiscalía territorial la posibilidad de subsanar la falta por la vía de la aclaración, adición y/o rectificación que autoriza el art. 161 de la LECrim y el art. 267 de la LOPJ. Carece de sentido poner en marcha el mecanismo del recurso de casación cuando se puede subsanar la deficiencia/as advertidas con la previa aclaración, recurso sencillo en su tramitación y resolución, máxime cuando su denegación no cierra la vía de la casación. En todo caso, debe recordarse que según reiterada doctrina jurisprudencial², la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o para subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que, excepcionalmente, el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial.

1.1.1. Recurso por infracción de ley del nº 1º del art. 849 de la LECrim

En el escrito de preparación del recurso debe mencionarse el número del precepto que autoriza la interposición del motivo por infracción de ley.

En este sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en las instrucciones ya referenciadas en el epígrafe anterior, señalando que la razón para ello estriba en que cada uno de ellos determina un procedimiento distinto, según se infiere del art. 855, y no se puede tener por correctamente preparado sin que, con esa finalidad, se consigne terminantemente que la preparación del recurso se hizo habida cuenta del nº 1º o del nº 2º del artículo, cuando no por los dos.

Concretamente, en la Circular 1/1954, se afirmaba categóricamente que: *“de omitirse esa designación, el recurso no puede estimarse correctamente preparado, ya que la falta de tan esencial requisito de forma podía conducir al extravío, posible en este caso, de que, a la sombra de esa indefinición del motivo concreto por el que se recurre, pudiese a destiempo elegirse el que más conviniera, siendo así que sólo en el momento de prepararlo y no después, ha de quedar claramente establecida y fijada la posición del recurrente”*.

Por mi parte, entiendo que siendo lo correcto, desde el punto de vista procesal, la mención del número del precepto que autoriza la interposición del motivo, la omisión de tal mención no produce efecto alguno en aras a la decisión sobre admisión del recurso, en el supuesto de que el recurso se prepare exclusivamente por pura infracción de ley del nº 1º del art. 849. En efecto, de prepararse el recurso por infracción de ley, sin mención alguna del número del precepto que autoriza la interposición del motivo, y no se designen los particulares de documentos que pudieran apoyar un error en la apreciación de la prueba, debe entenderse preparado al amparo del nº 1º del precepto, en tanto en cuanto la falta de designación documental, como requisito inexcusable de la preparación, impediría su posterior formalización al amparo del nº 2º del art. 849. A sensu contrario, si en el escrito de preparación se designan particulares de documentos

² SSTS 745/2012, de 4 de octubre, 118/2016, de 22 de febrero, 938/2016, de 15 de diciembre o 962/2016, entre otras muchas.

que apoyen un error en la apreciación de la prueba, lógico es deducir que el recurso se prepara al amparo del nº 2º del art. 849, y en este caso la falta de mención del nº 1º impediría formalizar el recurso por esta vía.

Tratándose de autos, que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 848 de la LECrim. solamente tienen acceso a la casación por la vía de la infracción de ley, la ausencia de mención del número del precepto que autoriza la interposición del motivo carece de trascendencia alguna, pues solo cabrá recurso de casación por la vía del error iuris del nº 1º del art. 849 de la LECrim., al ser connatural al tipo de resolución fiscalizada la exclusión del error facti del nº 2º del art. 849. La infracción de ley basada en el art. 849.2 de la LECrim no es viable porque en rigor no se ha practicado prueba: no ha existido juicio oral y, por tanto, no se ha desplegado actividad probatoria, de manera que no puede haber error en una no producida valoración probatoria (SSTS 665/2013, de 23 de julio o 202/2018, de 25 de abril).

Debe recordarse, siguiendo los dictados de la Circular de la FGE 1/1980 ya mencionada, que en el escrito de preparación por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., no deberán citarse los preceptos legales que se suponen infringidos, los cuales se precisarán y razonarán solamente en el informe fiscal.

Variadas razones aconsejan que se mantenga esta exigencia de no mencionar en los escritos de preparación el precepto o preceptos infringidos.

Por un lado, el art. 855 se limita a señalar que deberán mencionarse la clase o clases de recurso que se pretende utilizar, pero no menciona entre sus requisitos que se indiquen los preceptos sustantivos que se consideran infringidos. Es la consecuencia lógica de la naturaleza del escrito de preparación, que se configura como un mero anuncio del recurso que, posteriormente, habrá de interponerse ante un órgano diferente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Carece de sentido que se adelanten razonamientos jurídicos propios de la pretensión que se ejercita a través del recurso ante el órgano competente para su resolución.

Por otro lado, la interposición del recurso compete a la Fiscalía del Tribunal Supremo, de suerte que una errónea mención de los preceptos infringidos en la calificación jurídica de los hechos probados, la omisión de alguno de ellos cuando hayan sido objeto de enjuiciamiento varios ilícitos penales, la ausencia de mención de otros preceptos sustantivos infringidos de los que no se haya percibido el Fiscal de la instancia, o, en última instancia, la posible existencia de una calificación jurídica alternativa no contemplada en la resolución compatible con el principio acusatorio, constituyen poderosas razones que militan a favor de que no se reflejen en los escritos de preparación los preceptos sustantivos infringidos por la resolución.

Por último, la propia doctrina jurisprudencial se muestra favorable a la interpretación que hemos mantenido, señalando la STS 794/2016, de 24 de octubre, siguiendo los dictados de la STS 863/2014, de 11 de diciembre, que: *“No es necesario mencionar en el escrito de preparación el precepto penal que se considera vulnerado. Basta con indicar la clase de recurso que se quiere formalizar (art. 855.1 LECrim). Tal exigencia históricamente obedece a la finalidad de encauzar la forma de tramitar el recurso (remisión de unos u otros antecedentes). Por eso ni se exige, ni tendría sentido alguno que se exigiese, esa mención. Basta con anunciar que se quiere formalizar uno o varios motivos a través del art. 849.1º LECrim para que el recurso esté correctamente preparado”*.

1.1.2. Recurso por infracción de ley del nº 2º del art. 849 de la LECrim

La dicción del precepto es de una claridad meridiana: en el escrito se designarán, sin razonamiento alguno, los particulares de los documentos que acrediten el error en la apreciación de la prueba. La razón es la misma, ya apuntada en el epígrafe anterior: no es el momento para razonar en qué medida los documentos designados entran en contradicción con el relato de hechos probados, razonamiento que deberá exponerse al formalizar el recurso ante el órgano competente. Pero con una consecuencia diferente: la falta de designación de los particulares

de los documentos o el carácter no literosuficiente de los designados, impedirá formalizar el motivo por error facti.

El precepto entronca con las previsiones del art. 861 del texto procesal que dispone la remisión de la causa o el ramo de ella que contenga el documento auténtico cuando el recurso se haya preparado al amparo del nº 2º del art. 849, para lo cual, lógicamente, es necesario que se describa con precisión el documento o documentos que sirven de apoyo a la pretensión.

Aunque en la práctica forense es habitual que los Tribunales remitan las causas completas una vez emplazadas las partes, la progresiva digitalización de la justicia penal, aún en mantillas, y, sobre todo, la generalización de la doble instancia penal, a excepción del enjuiciamiento que afecta a personas aforadas ante el Tribunal Superior de Justicia o ante el Tribunal Supremo, obliga a replantear dicha práctica. En efecto, en la primera sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolutoria del recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada en apelación por el TSJ³ se establecían los criterios que deben regir en el nuevo régimen de la casación penal, de los que deben destacarse a los efectos que aquí interesan los siguientes: la sentencia objeto del recurso es la dictada en apelación por el TSJ; no es admisible el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han obtenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte; y, respecto al ámbito de control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en éste ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Como quiera que la casación penal ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y que la sentencia que se revisa es la dictada en apelación y no la de instancia, y aun siendo consciente que la propia Sala Segunda se ha apartado en no pocas ocasiones de la doctrina sentada en sus resoluciones en materia de control casacional de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, actuando como auténtico tribunal de apelación con amplia capacidad revisora, creo que a raíz de la reforma no es posible que el tribunal casacional escarbe o bucee en la causa en la búsqueda de argumentos que avalen su decisión, debiendo limitarse al control de los hechos y fundamentos contenidos en la resolución resolutoria de la apelación, convirtiendo así en una práctica anacrónica la remisión íntegra de la causa. Recobra así todo su sentido la designación correcta en el escrito de preparación de los documentos que apoyen la pretensión, que debidamente certificados en los términos establecidos en el art. 861 de la LECrim., serán los únicos, junto a las reclamaciones necesarias en los motivos por quebrantamiento de forma que examinaremos en el apartado correspondiente, que deben incorporarse al expediente casacional.

Antes de adentrarnos en el examen de los requisitos del motivo, es necesario advertir de la escasa utilidad de este motivo cuando se pretende la revocación de una sentencia absolutoria o la agravación de la de condena, a la vista de la evolución jurisprudencial siguiendo los dictados de la doctrina sentada por el TEDH, a la que nos referiremos brevemente por tratarse de un tema que es objeto de otra ponencia de la revista.

Como quiera que el inciso final del art. 849.2 de la LECrim., exige necesariamente que los documentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, la doctrina jurisprudencial⁴ ha estimado que *“ este requisito legal implica que el Tribunal de casación no puede estimar el motivo sin contrastar el documento con el resultado de otros elementos probatorios, como son las pruebas personales practicadas en el plenario, incluida la declaración del propio acusado, para comprobar y valorar si el documento entra, o no, en contradicción*

³ STS 476/2017, de 26 de junio.

⁴ STS 58/2017, de 7 de febrero, que recopila las principales resoluciones del TEDH, TC y TS.

con ellas. Esta valoración conjunta, o contrastada vulnera la prohibición consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo, por lo que el cauce casacional del art 849 2º de la LECrim., no es utilizable en estos supuestos si lo que se pretende es que el Tribunal casacional dicte una nueva sentencia condenatoria, que solo podrá obtenerse por el cauce específico de la infracción de ley propiamente dicha, del núm. primero del art 849 de la LECrim. Todo ello con independencia de los supuestos en los que se pretenda denunciar una interpretación absolutamente arbitraria de la prueba, como vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, para obtener la nulidad de la sentencia...Pero esta solución implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo casacional encauzado por el art 849 2º de la LECrim., como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 LECrim.).

Tampoco sería viable la audiencia personal del acusado, que permitiría la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias siguiendo la doctrina del TEDH, porque el TS estima incompatible dicha audiencia personal con la naturaleza y regulación legal del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica⁵.

No obstante, una posición minoritaria de la jurisprudencia⁶ pese a coincidir en que no cabe como regla general dictar sentencia condenatoria o agravatoria como consecuencia de un motivo apoyado en el art. 849.2 LECrim, abre el camino a la posible anulación de la sentencia por esta vía cuando se aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, aun reconociendo que esa salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim., amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es cuestionable que por la senda del error facti que tiene por exclusiva finalidad la modificación del “factum” y el dictado de nueva sentencia se pueda decretar la nulidad de la sentencia basándose en la arbitrariedad en la valoración de la prueba, cuando existe un motivo específico por vulneración de precepto constitucional. Sin embargo, no es descartable el anuncio del motivo en el escrito de preparación del recurso de casación en los supuestos que examinaremos seguidamente.

Como excepción al criterio asentado y consolidado en la doctrina jurisprudencial, se ha dicho que no hay inconveniente para, a través del art. 849.2 de la Ley Procesal y siempre que se respeten las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en contra del reo si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal. Se argumenta para ello⁷: *“Podríamos en una primera aproximación entender que nos hallamos ante tal supuesto: la acusación invoca el artículo 849.2 para lograr una mutación del hecho probado que empeora la situación de los acusados. Sin embargo, hay un matiz importante que nos permitirá sortear esta objeción que de hecho es sugerida como tal óbice en el informe del Fiscal. La modificación del hecho probado tiene repercusión básicamente en los aspectos civiles de la condena. Al moverse en una dimensión estrictamente civil, sin trascendencia alguna en el plano sustantivo de derecho penal, no rige esa rigurosa doctrina. Ya se ha realizado tal afirmación en alguna jurisprudencia reciente (STS 184/2017 de 23 de marzo). Los aspectos puramente civiles de la sentencia quedan al margen de esa consolidada y conocida jurisprudencia nacional y supranacional. Saltan a la vista las razones de ello en cuanto se profundiza en los fundamentos de esas limitaciones. Baste recordar ahora que la acción civil dimanante de delito no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal: es materia civil. No tendría sentido que si fuese reservada por el titular para un procedimiento civil ulterior los condicionantes de*

⁵ Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012 en el que se decidió: “la citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la ley”.

⁶ SSTS 976/2013 y 767/2016, de 14 de octubre.

⁷ SSTS 184 /2017, de 23 de marzo o 639/2017, de 28 de septiembre.

un eventual recurso se rigiesen por principios estructurales opuestos o, al menos, divergentes en puntos esenciales. La distinta vía procesal no altera la naturaleza de la pretensión”.

En conclusión, solamente podrá anunciarse por el MF el motivo del art. 849.2 LECrim., en los siguientes supuestos:

- a) Sentencias de condena en las que el MF haya mantenido la libre absolución, siempre que existan documentos literosuficientes que entren en contradicción con el relato de hechos probados.
- b) Sentencias de condena que se aparten de la calificación jurídica propuesta por el MF, imponiendo una penalidad superior a la solicitada, siempre que existan documentos literosuficientes que entren en contradicción con el relato probatorio y acrediten la errónea subsunción jurídica de los hechos por el Tribunal.
- c) Sentencias de condena en las que se pretenda la modificación de aspectos relativos a la responsabilidad civil que figuren en el “factum”, basada en documentos que reúnan los mismos requisitos ya señalados.
- d) Sentencias absolutorias o aquellas en las que se pretenda la agravación de las condenatorias cuando a la patente arbitrariedad en la motivación que deberá hacerse valer en todo caso por la vía del art. 852 LECrim, se añade una errónea valoración de la prueba basada en documentos literosuficientes que entren en contradicción con el relato de hechos probados. En estos casos excepcionales, deberá prepararse el recurso por el art. 849.2 y por el art. 852 LECrim., correspondiendo al Fiscal del TS decidir si formaliza el recurso por ambas vías, o, exclusivamente, por infracción de preceptos constitucionales, que parece la vía adecuada para combatir la vulneración de la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los requisitos, es esencial, como ya hemos dicho, designar los particulares de los documentos que acreditan el error en la apreciación de la prueba. La flexibilidad que la Sala Segunda ha dispensado a las partes pasivas del proceso en orden a los requisitos del escrito de preparación o de interposición (SSTS 591/2011, de 14 de junio o 377/2016, de 3 de mayo), bajo el manto del principio *pro actione* y alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no es reconocida para el MF, de manera que la errónea designación de los documentos o su omisión en el escrito de preparación, impedirá la formalización del motivo. Especialmente, tras la entrada en vigor del nuevo diseño del régimen de impugnación de sentencias condenatorias (con apelación y casación en todos los casos) introducido por la Ley 41/2015, que invita a invertir la tendencia expansionista de la casación⁸.

Pero existe otro requisito esencial para que prospere la pretensión: que el documento designado no resulte contradicho por otro u otros elementos probatorios.

⁸ Señala la STS 255/2017, de 6 de abril que:” Aunque esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no sobra reseñar que la jurisprudencia del TEDH estima ajustado a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE).

El hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva interpela para dispensar mayor indulgencia ante esas deficiencias formales (SSTS 1068/2012 de 13 de noviembre o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (STEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM, o de 11 de octubre de 2016, asunto ZUBAC; y STS 705/2012, de 27 de septiembre).

A esa flexibilización alienta otra reflexión. Hasta diciembre de 2015 era la casación el único recurso a disposición de un condenado por una Audiencia Provincial con lo que ello significa de modulación reductora del denominado derecho a la doble instancia (que toda condena pueda ser revisada por un tribunal superior). Como es sabido, el legislador ha subsanado ya esa deficiencia estructural de nuestro sistema de recursos en materia penal con previsiones (reforma de 2015) no aplicables a este asunto por su específico régimen transitorio. La casación ha venido desempeñando en alguna medida hasta esa fecha un papel subrogado de la apelación en los delitos graves ante la laguna legislativa ya colmada para el futuro. La situación precedente en que nos seguimos moviendo en esta causa también debe ser ponderada dulcificando la rigidez a la hora de rechazar de plano recursos por razones externas e incrementado los márgenes de fiscalización de la valoración probatoria. Seguramente el nuevo diseño del régimen de impugnación de sentencias condenatorias (con apelación y casación en todos los casos) invita a invertir la tendencia expansionista de la casación: existiendo ya posibilidad de una apelación previa en todo caso, decae la necesidad de dotar a la casación de la mayor holgura para dar satisfacción suficiente al derecho a la revisión en vía de recurso de toda condena”.

De manera que al abordar la tarea de preparar el recurso de casación debe tenerse en cuenta que el documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo, lo que se ha denominado autosuficiencia probatoria y, además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el Tribunal (SSTS 794/2015, de 3 de diciembre y 815/2016, de 28 de octubre, entre otras muchas).

No es viable hacer uso del motivo cuando el documento debe ser complementado, interpretado o sujeto a razonamientos colaterales, ni puede servir como excusa para elaborar una argumentación tendente a menoscabar los criterios valorativos del Tribunal. Tampoco es válida la designación masiva de documentos, designación que excede de las previsiones del cauce casacional, en la búsqueda de una nueva valoración del acervo probatorio. En definitiva, no es el cauce para manifestar las disensiones en orden a la valoración de la prueba, ni para intentar sustituir la valoración de la prueba que corresponde en exclusiva al órgano de enjuiciamiento por la propia del recurrente.

No es suficiente, por tanto, con la designación en el escrito de preparación del documento o documentos que apoyan la pretensión, sino que es necesario concretar los particulares del documento que se oponen al relato de hechos probados y que tienen aptitud para alterar el fallo.

Por ello, en los escritos de preparación del recurso de casación los Fiscales deberán identificar con la necesaria claridad y precisión el documento o pericia (que como sabemos en supuestos excepcionales tiene la consideración de documento a efectos casacionales), indicando los folios del sumario en que se ubican y designando los particulares del documento que entran en flagrante contradicción con el relato de hechos probados. En el escrito, en ningún caso, deben figurar las razones por las cuales el documento se opone a la declaración del “factum”, la inexistencia de otros elementos probatorios que pudieran contradecir el contenido del documento o sobre la aptitud del documento para modificar el factum y, por ende, alterar el fallo, que deberán hacerse constar en el posterior informe interno y, en su caso, en el escrito de interposición del recurso. Se opone a ello la expresión taxativa empleada en el art.855 de la Ley Procesal, “sin razonamiento alguno”, y la propia naturaleza de un escrito de preparación de recurso dirigido al órgano que dictó la resolución, que, en ningún caso, puede entrar a valorar las razones de fondo del recurso que competen en exclusiva a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

A mi entender, la identificación correcta del folio en el que consta el documento y la omisión de los particulares del mismo que se oponen al relato probatorio, no sería obstáculo para la admisión del recurso, porque designado el documento que apoya la pretensión se trataría de un defecto formal subsanable en el escrito de interposición. No obstante lo cual, como quiera que se trata de un requisito legal debe cumplimentarse obligatoriamente en aras a evitar una posible inadmisión por defectos formales, como ha recordado la FGE de forma reiterada en las instrucciones a las que me he referido en esta ponencia.

La Instrucción 1/1985, de 28 de octubre, de la FGE, con ocasión de la reforma introducida en el nº 2º del art. 849 LECrim. por Ley 6/1985, de 27 de marzo, recordó la necesidad de preparar el recurso, igualmente, por el nº 1º del art. 849, con argumentos que es necesario reproducir: *Cuando se prepare el recurso de casación por infracción de ley, amparado en el nº 2º del art. 849 LECrim, dado que las consecuencias del error deben repercutir en la calificación jurídica que de los hechos ha efectuado el Juzgador, no deberán omitir los señores Fiscales el prepararlo también, por infracción de ley, basado en el nº 1º del mencionado art. 849 de la Ley antes citada. La no formalización del recurso por este motivo del nº 1º del art. 849 acarrea dificultades en cuanto no es posible para el Fiscal señalar a la Sala las infracciones concretas que se derivarían de la modificación que de los hechos pudiera hacer el Tribunal a la vista del documento que acreditara el error del Juzgador de instancia, pues no podría formalizarse motivo alguno al amparo del nº 1º del art. 849 que fijara los términos del debate en el recurso, en orden a como los nuevos hechos debieran repercutir en la calificación jurídica y el fallo de la sentencia. Ese*

defecto en la preparación del recurso contribuye, a veces, a que se acuerde desistir de recursos que con una adecuada preparación tendrían probabilidades de éxito”.

El contenido de la Instrucción es aplicable a los tres primeros supuestos referenciados con anterioridad, pero, en ningún caso al cuarto, concretamente el del apartado d), porque como ya he dicho la vía del nº 2º del art. 849 LECrim., no es factible para combatir sentencias absolutorias o para la agravación de las condenatorias, supuestos en los que solamente es posible obtener la anulación de la sentencia por el cauce de la arbitrariedad en la valoración probatoria, ínsita en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En estos casos, no podrá proponerse la modificación del factum y la alteración del fallo por la vía del nº 1º del art. 849.

Tratándose de Autos, como ya he recogido en el epígrafe anterior, no es posible anunciar el recurso por error facti por las razones ya apuntadas al examinar los requisitos de la preparación del recurso por infracción de ley del nº 1º del art. 849.

La escasa viabilidad del motivo se acentúa con la entrada en vigor de la Ley 41/2015, aplicable solamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor, porque la sentencia que se recurre es la dictada en apelación por el TSJ y porque no es admisible el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación. De suerte que es obligado que el error en la apreciación de la prueba se plantee por el MF en el previo recurso de apelación, porque en caso contrario no podrá sustanciarse el motivo en el posterior recurso de casación. Si el TSJ estima el motivo, y se trata de una sentencia absolutoria o se pretende por la vía del error documental agravar la condenatoria, solamente podrá anular la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los arts. 790.2 y 792.2 LECrim., y la sentencia anulada no tendrá acceso a la casación (art. 847.2 LECrim.). Si lo desestima, difícilmente podrá alegarse el error facti en casación, salvo los supuestos ya comentados de arbitrariedad valorativa que tienen su adecuado encaje en la infracción de preceptos constitucionales del art. 852 LECrim., y solo para el caso que el error en la apreciación de la prueba persista en la sentencia de apelación y no se haya subsanado en la fundamentación jurídica de la sentencia. Pero, en todo caso, el resultado será el mismo: la anulación de la sentencia y no el dictado de una nueva sentencia.

1.1.3. Recurso por quebrantamiento de forma del art. 850 de la LECrim

El art. 855 LECrim., exige que se designe, también sin razonamiento alguno, la falta o faltas cometidas y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarla y su fecha, cuando se proponga utilizar el recurso por quebrantamiento de forma.

Aunque el precepto nada dice, es evidente que hace referencia a los supuestos de quebrantamiento de forma del art. 850 como se desprende con claridad meridiana de la causa de inadmisión del art. 884.5 de la Ley, con la salvedad que luego indicaremos en los supuestos del art. 851.3 y 6 LECrim. La razón es simple: en el art. 850 se regula el quebrantamiento de forma por defectos en el procedimiento en el que debe mediar una previa reclamación para intentar su subsanación, mientras que en el art. 851 se regulan los vicios inmanentes a la sentencia que, por desconocidos, no han podido ser denunciados con anterioridad.

La viabilidad del motivo por quebrantamiento de forma requiere de un activo impulso procesal del Fiscal de la instancia reclamando la subsanación del defecto procesal mediante el recurso correspondiente cuando sea procedente o formulando la oportuna protesta cuando la reclamación resulte desatendida en los términos que examinaré a continuación. De otro modo, su inactividad procesal conduce directamente, en la mayoría de las ocasiones, a que resulte inviable formalizar el recurso por este motivo. Especialmente trascendente será el requisito de la previa reclamación en los procesos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, pues dicha reclamación se erige en presupuesto necesario para la estimación del recurso de apelación cuando se alegue la infracción de normas o garantías procesales que causen indefensión (art. 790.2 LECrim.), al igual que sucede en el recurso de casación. Lo mismo cabe predicar del procedimiento de la LOTJ, a la vista de la redacción del art. 846 bis c. LECrim.

Como norma general, en el escrito de preparación deberá especificarse el número del art. 850 que autoriza la interposición del recurso.

En el caso del art. 850.1, las reclamaciones oportunas son diferentes según se trate de un procedimiento abreviado, sumario o de jurado.

En el procedimiento abreviado, contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabe recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la denegada al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 785.1 LECrim.). Tanto en este supuesto, como en el caso de que se propongan nuevas pruebas para su práctica en el acto del juicio oral, el momento procesal oportuno será el del turno de intervenciones que habilita el art. 786.2 LECrim., que requiere un breve excurso sobre la finalidad de las pruebas propuestas. Contra la decisión del Tribunal no cabrá recurso alguno, pero sí la pertinente protesta y reproducir la cuestión en el recurso contra la sentencia.

Por tanto, en el escrito de preparación debe hacerse constar si la prueba denegada se propuso en el escrito de conclusiones provisionales o en el trámite de cuestiones previas, si en el primer caso se reprodujo la petición en dicho trámite requisito esencial para la prosperabilidad del motivo, y si se formuló la oportuna protesta, reclamación necesaria para interponer el motivo por quebrantamiento de forma, protesta que debe quedar reflejada en el acta manuscrita o en la videograbación del juicio oral. Si se trata de un proceso incoado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, estos mismos requisitos debe reunir el previo recurso de apelación cuando se alegue el quebrantamiento de normas y garantías procesales (art. 790.2). Si se estima la alegación la sentencia deberá ser anulada y no tendrá acceso a la casación. En caso contrario, podrá ser recurrida en casación por la vía del art. 850.1 LECrim., siempre y cuando la alegación se haya hecho valer en el previo recurso de apelación.

En el procedimiento sumario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 659 LECrim., contra la parte del auto en que fuera rechazada o denegada la práctica de las diligencias de prueba podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta, sin que esté prevista la posibilidad de la reproducción de las pruebas denegadas como en el procedimiento abreviado. La reclamación en este caso, que conecta con las exigencias de los arts. 855 y 884.5 LECrim, ha de elevarse tras la notificación del Auto denegatorio y ante la falta de indicación legal la jurisprudencia ha oscilado entre los cinco días previstos para la interposición del recurso de casación y los tres días propios del recurso de súplica⁹. Por consiguiente, los Fiscales deben extremar el celo en el cumplimiento de esta exigencia ante la denegación de los medios de prueba propuestos, para evitar que la pretensión no prospere por defectos formales.

Como quiera que la doctrina jurisprudencial se ha mostrado proclive a la admisión de cuestiones previas en el procedimiento sumario¹⁰, podrán los Fiscales proponer nuevas pruebas para practicar en el acto del juicio oral y, a mi juicio, reproducir las denegadas que puedan practicarse en el acto del juicio oral siempre que haya mediado la oportuna reclamación a la que nos hemos referido en el párrafo anterior, petición que debe ir precedida de una explicación sobre la finalidad y trascendencia de las pruebas propuestas, haciendo constar la pertinente protesta en el caso de rechazo de la pretensión.

Por último, la doctrina jurisprudencial ha admitido, pese al silencio legal, que la denegación de

⁹ La STS 327/2013, de 4 de marzo señala: ... El citado art. 659 no señala plazo para este trámite de la protesta. En una jurisprudencia antigua (sentencias de esta sala de 3 de febrero de 1951 y 6 de marzo de 1953) se dijo que había de hacerse al realizarse la notificación de la resolución denegatoria o en el mismo día, es decir, sin dilación, a fin de que pudiera ser subsanado en su caso el defecto procesal correspondiente. No obstante, en dos sentencias más recientes, la 1595/1999 de 16 de noviembre y la 760/2001 de 7 de mayo, se ha señalado el plazo de cinco días para tal formalidad de preparación, que es el mismo expresado en el párrafo II del art. 212 para la preparación, propiamente dicha, del recurso de casación.

Conviene resaltar aquí algo que estas dos últimas resoluciones ponen de manifiesto. Ese trámite de la protesta no es solo un requisito de mera formalidad. Entendemos que quien no protesta en ese breve plazo es porque consiente con la denegación. Por eso aparece en tal art. 659 como condición sin la cual no cabe el posterior recurso de casación”.

¹⁰ STS 195/2014, de 3 de marzo, entre otras muchas.

una diligencia de prueba propuesta al amparo del art. 729.3 puede revisarse en casación vía art. 850.1 LECrim siempre que se haya verificado la oportuna protesta en el acto¹¹.

Por tanto, en el escrito de preparación por este motivo cuando se trate de un procedimiento sumario, deberá hacerse constar que la prueba fue propuesta oportunamente en el escrito de conclusiones provisionales, la fecha y contenido de la resolución denegatoria y la reclamación efectuada y su fecha. Cuando se trate de medios de prueba propuestos en el trámite de cuestiones previas que es admisible en el procedimiento sumario o al amparo de las previsiones del art. 729.3 LECrim., deberá reflejarse que se formuló la oportuna protesta contra la decisión denegatoria, protesta que debe quedar consignada en el acta manuscrita o en la videograbación del juicio oral. Los mismos requisitos y prevenciones que hemos reseñado para el procedimiento abreviado deben predicarse a los procesos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, que están sujetos a la previa apelación.

En el procedimiento de jurado, es necesario distinguir diversos momentos:

- El art. 36 LOTJ regula el planteamiento de cuestiones previas, entre las que se encuentra la posibilidad de proponer nuevos medios de prueba. Como dice la STS 128/2018, de 20 de marzo, prevé un trámite especial para sanear y depurar la regularidad de la prueba de forma previa al enjuiciamiento ante el Tribunal del jurado ante el que no pueden replantearse, sin perjuicio del recurso contra la sentencia. Para ello será preciso que se haya interpuesto recurso de apelación contra la decisión denegatoria, como reclamación necesaria para poder recurrir la sentencia por denegación indebida de prueba.
- El art. 37 LOTJ que regula el Auto de hechos justiciables, dispone en su apartado d) que contra la denegación de algún medio de prueba podrán las partes formular su oposición a efectos de su ulterior recurso. En cuanto al plazo, ante el silencio legal, se puede aplicar por analogía la doctrina señalada para la inadmisión de pruebas en el sumario.
- El art. 45 LOTJ prevé en las alegaciones previas de las partes al Jurado la posibilidad de proponer al Magistrado-Presidente nuevas pruebas para practicarse en el acto, que resolverá éste tras oír a las partes. Aunque nada se dice al respecto, es evidente que ante el rechazo de la prueba propuesta deberá formularse la oportuna protesta, teniendo en cuenta la aplicación supletoria de LECrim (art. 24 LOTJ), y el contenido del art. 846 bis c LECrim., que así lo exige para que prospere el recurso de apelación contra la sentencia.

Pues bien, será necesario hacer constar en el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado las reclamaciones mencionadas, necesarias para que prospere el recurso de conformidad con lo dispuesto en el art. 846 bis c. a) LECrim., y estas mismas reclamaciones deberán reflejarse, junto a la justificación que se alegaron en el previo recurso de apelación, en el posterior recurso de casación que pudiera interponerse contra la sentencia de apelación.

Por último, conviene advertir que según consolidada doctrina jurisprudencial aunque se utilice la doble vía del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y del art. 850.1 LECrim. por quebrantamiento de forma, no por ello se pueden burlar los requisitos de los tradicionales motivos de casación por error in procedendo, porque si fuese así habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851, ya que siempre se podría canalizar esas quejas por el cauce del art. 852 sin necesidad de requisito adicional alguno. Por tanto, se debe exigir para la viabilidad del motivo que se trate de prueba propuesta en tiempo y forma y que se haya formulado en su momento la preceptiva protesta¹².

La Circular 1/1980 FGE señala que *“cuando el quebrantamiento consista en no haber accedido el Tribunal a la suspensión del juicio por incomparecencia de algún testigo es necesario que el*

¹¹ SSTS 306/2003, de 4 de abril, 276/2012, de 2 de abril o 439/2013, de 22 de mayo.

¹² SSTS 430/2000, de 17 de marzo, 1073/2012, de 29 de noviembre y la ya citada 327/2013, entre otras.

Fiscal interese que en el acta del juicio, además de la oportuna protesta a efectos del recurso de casación, conste el texto de la pregunta o preguntas que se proponía formular al testigo incomparecido a fin de que tanto el Tribunal de instancia como el de casación puedan apreciar la importancia y trascendencia de la declaración”

Prevención similar debe tenerse en los supuestos del art. 850.3 y 4 LECrim., haciéndose constar la protesta en el escrito de preparación¹³.

En los supuestos de los números 2º y 5º, es igualmente necesario que se formule protesta y que se refleje la misma en el escrito de preparación. En cualquier caso, tratándose de la omisión de citaciones, como quiera que es un defecto esencial de las normas del procedimiento que origina indefensión y determinante de nulidad, la falta de protesta no sería obstáculo, a mi juicio, para la estimación de la pretensión que podría hacerse valer por la vía de la vulneración del derecho a un proceso justo y con las debidas garantías

Como en el caso del número primero, en los procesos incoados con posterioridad a la Ley 41/2015 la pretensión deberá hacerse valer en el previo recurso de apelación contra la sentencia para que pueda alegarse en el posterior recurso de casación, circunstancia que se hará constar en el escrito de preparación. En cualquier caso, como se recuerda en la primera sentencia dictada para resolver el recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, ya comentada, *“los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos de forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada”*. En la misma línea se puede citar el ATS 43/2018, de 14 de diciembre de 2017.

1.1.4. Recurso por quebrantamiento de forma del art. 851 LECrim

En el escrito de preparación deberá concretarse el número del artículo que autoriza la interposición del motivo y de nuevo debe recordarse que en los procesos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, debe preceder la previa reclamación en el recurso de apelación, pues de otro modo no podrá interponerse la casación.

En la añeja Circular 2/1966 se decía que *“cuando se trate de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma fundado en el nº 1º del art. 851 de la propia ley, ha de designarse con toda precisión, para que se entienda cumplida la exigencia del último párrafo del art. 855 LECrim., cuál o cuáles de los tres distintos supuestos que en aquel precepto se comprenden es el que ha de amparar el recurso que se prepara”*.

Por mi parte, entiendo que es suficiente con reseñar el número del precepto por el que se pretende la interposición del motivo, sin que sea necesario determinar en dicho escrito si se trata de un supuesto de falta de claridad, contradicción o predeterminación, supuesto que deberá concretarse en la interposición del recurso. Ni el art. 855 LECrim. lo exige, ni lo exige la propia naturaleza de un escrito de preparación, a lo que debe sumarse la propia doctrina jurisprudencial que no requiere que se citen los preceptos sustantivos infringidos en el motivo por infracción de ley del art. 849.1 o los preceptos constitucionales vulnerados, como veremos a continuación en el examen del art. 852.

Pese a que he manifestado que la reclamación previa es más propia de los defectos del procedimiento contemplados en el art. 850, existen dos supuestos de los regulados en el art. 851 que exigen dicha reclamación previa, concretamente los números 3º y 6º del precepto.

¹³ De otro lado, no basta con que una pregunta pueda tener relación directa con el objeto del juicio sino que es preciso valorar su relevancia, necesidad y causalidad en relación con el sentido del fallo, pues en la decisión del recurso de casación «lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase “manifiesta influencia en la causa” que se contiene en el artículo 850.3, o la de “verdadera importancia para el resultado del juicio”, a que se refiere el nº 4 de igual artículo» (SSTS. 2612/2001 de 4 de diciembre y 1064/2005 de 30 de septiembre, citadas por la 1323/2009 de 30 de diciembre y, la más reciente, 28/2018, de 18 de enero)

En el caso del nº 3º, que contempla la llamada incongruencia omisiva es preciso que se acuda previamente a la aclaración de conformidad con lo dispuesto en los arts. 161 LECrim y 267.5 LOPJ.

Es doctrina ya consolidada de la Sala Segunda que el expediente del art. 161.5º LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ, se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal *ad quem* haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido¹⁴. De no presentarse la previa aclaración, la pretensión puede ser desestimada por razones formales, sin necesidad de entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada.

En estos casos, por tanto, es necesario interponer recurso de aclaración solicitando que se subsane la omisión y en el caso de que sea rechazada la solicitud aclaratoria, el escrito de preparación de recurso de casación por incongruencia omisiva debe contener la referencia a la interposición del recurso de aclaración y su fecha y el auto resolutorio y su fecha, como reclamaciones necesarias para que prospere la pretensión. Igualmente, deberá, a mi juicio, interesarse, además del testimonio literal de la sentencia, testimonio del recurso de aclaración y del Auto resolutorio.

En el caso del nº 6º, suprimida la opción del recurso de casación directo que establecía el art. 69.2 LECrim., que debe entenderse tácitamente derogado tras la reforma operada en la LOPJ por la LO 19/2003, que estableció una nueva regulación de las causas y motivos de la recusación en sus arts. 217 y ss., disponiendo en el art. 228.3 que contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, regulación hoy aplicable en el proceso penal, es necesario que se promueva el incidente de recusación en tiempo y forma. En ese caso, en el escrito de preparación deberá consignarse que se promovió en plazo el incidente y que fue desestimado, haciendo constar la fecha de la resolución.

En el procedimiento del jurado, como quiera que el art. 846 bis c. LECrim., permite que se articule el recurso de apelación por la vía del art. 851.6º cuando se trate de los jurados, será preciso para que prospere la pretensión que se plantee la recusación en el trámite prevenido en el art. 38 LOTJ y se formule la oportuna protesta. Si el recurso de apelación es desestimado por esta causa, en el escrito de preparación de recurso de casación, es necesario consignar que se planteó la recusación en tiempo y forma, que se formuló protesta ante la decisión adoptada por el Magistrado Presidente y que se recurrió en apelación por este motivo.

Resta por recordar y analizar el contenido de la Instrucción 3/1992 FGE sobre la constancia de los antecedentes penales de rabiosa actualidad. Se recordaba entonces que el TS consideraba que al faltar en los hechos probados la concreción de los antecedentes penales carecía de base fáctica la calificación, y tal omisión determinaba la revocación de la sentencia, y, además de impartir instrucciones a los Fiscales para la confección del escrito de calificación provisional, se establecían reglas de actuación para corregir tales omisiones. Como quiera que tal doctrina jurisprudencial está firmemente asentada en la actualidad y es habitual la revocación de sentencias de condena en las que se ha apreciado en la instancia la circunstancia agravante de reincidencia porque en el relato de hechos probados no se hace constar con la debida concreción la fecha de la sentencia antecedente, el delito, la pena y la fecha de extinción –cuando éste último dato sea necesario a la vista del contenido del art. 136 CP¹⁵–, es preciso incidir en el cumplimiento de tales reglas de actuación.

Es habitual que los Fiscales, aun siendo conscientes de las deficiencias de la sentencia en un extremo relevante, no utilicen el remedio procesal oportuno para subsanar tal deficiencia.

¹⁴ Entre las más recientes SSTS 348/2018, de 11 de julio y 435/2018, de 25 de septiembre

¹⁵ SSTS 538/2017, de 11 de julio y 336/2018, de 4 de julio, entre otras muchas.

Por ello, es necesario, siguiendo las recomendaciones de la citada Instrucción, que los Fiscales pidan la aclaración de esas sentencias que no contengan los datos necesarios para apreciar la agravante de reincidencia citando la doctrina del TS, y si no se diese lugar a dicha aclaración, deberá prepararse el recurso de casación por quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECrim. y, en casos excepcionales, por las dos vías procesales del art. 849. En el escrito de preparación por quebrantamiento de forma deberá reflejarse que se interpuso recurso de aclaración y la resolución denegatoria, así como solicitar testimonio literal del recurso y del auto resolutorio.

1.1.5. Recurso por infracción de preceptos constitucionales

El art. 852 de la LECrim. autoriza la interposición del recurso de casación por infracción de precepto constitucional.

La FGE en su Circular 1/2018, entiende que el Fiscal está legitimado para sostener la vulneración de derechos fundamentales, con cita de diversos acuerdos plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 1997 “las vulneraciones de derechos constitucionales deberán alegarse previamente ante el Tribunal juzgador, para que puedan luego esgrimirse como motivo de casación, por la vía del art. 5.4 de la LOPJ”.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 27 de febrero de 1998 ha admitido que el Fiscal puede recurrir en casación, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de los derechos constitucionales que le corresponden como parte en el proceso. Esta pauta debe entenderse trasladable al recurso de apelación.

La doctrina jurisprudencial¹⁶ es clara al respecto, siguiendo los dictados marcados por el TC:

Esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional afirmando, y nos apoyamos en la Sentencia, del Pleno del Tribunal Constitucional, 175/2001, de 26 de julio, que aunque referida a un supuesto propio de la jurisdicción contencioso administrativa, su doctrina es plenamente aplicable al supuesto de nuestra casación. En la referida Sentencia el Tribunal Constitucional declara que, como regla general, los institutos públicos no son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Solo excepcionalmente, y en ámbitos procesales delimitados, cabe admitir la atribución a las personas públicas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y señala como tales supuestos los siguientes: a) litigios en los que la persona pública se encuentra en una situación análoga a la de los particulares; b) cuando las personas públicas sean titulares del derecho al acceso al proceso, lo que implica tanto el respeto al principio “pro actione” –acceso a la jurisdicción–, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad y subsanación de errores patentes; y, c) también en los supuestos de interdicción de indefensión de la persona pública, de acuerdo al proceso debido”. Lo anterior no es sino corolario de lo que el Tribunal Constitucional dijo en su Sentencia 86/1985, de 10 de julio, “El Ministerio fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos...”.

Esta Sala ha recogido en su jurisprudencia una argumentación similar distinguiendo, desde el caso concreto objeto de la casación, los supuestos en los que la sentencia absolutoria es objeto de una pretensión revisora desde la acusación. La distinción la realizamos delimitando si la pretensión insta una revisión de la sentencia, en una especie de inversión del derecho a la presunción de inocencia, o, por el contrario, la pretensión afecta a la tutela judicial efectiva con los tres contenidos anteriormente señalados, básicamente, arbitrariedad o irracionalidad de la motivación, e indefensión de la parte acusadora. Bien entendido que no existe un derecho de la acusación a la condena de una persona sino a actuar el “ius puniendi” ante los tribunales de justicia de acuerdo al proceso debido y dispuesto en el ordenamiento informado por la Constitución (STS 717/2003, de 21 de mayo). (Véase una doctrina similar para fundamentar el alcance de la revisión en la STS 436/2014, de 7 de mayo). El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2003 ya previno que la vía de la tutela judicial alegada

¹⁶ SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 41/2016, de 3 de febrero; STC del Pleno 175/2001, de 26 de julio.

por la acusación no permite modificar los hechos probados, lo que reitera que el ámbito de su ejercicio se contrae a la arbitrariedad de la valoración probatoria.

Al margen de la documentación necesaria para interponer el recurso, que abordaremos al analizar el informe sobre preparación del recurso, el escrito de preparación de un recurso de casación por infracción de precepto constitucional no requiere la mención expresa del derecho fundamental que se reputa vulnerado, sino que es suficiente con la indicación de la clase de recurso que se quiere formalizar, por las mismas razones que hemos expuesto sobre la naturaleza y características de un escrito de anuncio de recurso, que no de formalización, tesis avalada por la jurisprudencia¹⁷.

1.2. Especialidades

Es necesario abordar, siquiera brevemente, algunas especialidades que presentan la preparación de los recursos de casación de unificación de doctrina en materia de menores y vigilancia penitenciaria, en el procedimiento del jurado y en el supuesto del art. 847.1 b) LECrim., que examinaré seguidamente comenzando por los dos últimos.

1.2.1. Recurso de casación al amparo del art. 847.1 b) LECrim

El Acuerdo adoptado por la Sala II en el Pleno no jurisdiccional de fecha 9-6-2016 sobre la interpretación del artículo 847.1.b) LECrim., despejó cualquier duda al respecto: *solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim., debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2º, 850, 851 y 852”.*

El problema radica en el denominado “interés casacional” al que se alude en el Preámbulo de la reforma y su incidencia en el escrito de preparación del recurso. Sobre el particular, el ya mencionado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, señala en su punto D):

“Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

Coincido plenamente con la opinión de Escobar Jiménez¹⁸: *estos supuestos no deben confundirse con el único Motivo admisible: la infracción de Ley en el sentido expuesto. De hecho, en mi opinión, la enumeración del Preámbulo no puede entenderse en absoluto cerrada o en numerus clausus. El propio Preámbulo utiliza la expresión «entre otros». Y es que caben otros supuestos (vgr. infracción de precepto penal de más de 5 años de antigüedad sobre el que se pronuncia por primera vez una audiencia y nunca lo ha hecho la Sala II). Nótese que no se trata de un recurso en interés de Ley. La expresión «interés casacional» que emplea el Preámbulo de la Ley 41/2015 y el renovado art. 889 LECrim. es meramente funcional pues, como después se dirá, la interposición del recurso de casación contra las resoluciones a las que se refiere el art. 847.1.b) seguirá la tramitación ordinaria, salvo la especialidad prevista en el art. 889, y, de estimarse, quedará casada la sentencia de la Audiencia y dictada otra en su lugar por la Sala II.*

Tras la publicación del acuerdo plenario, se han sucedido dos fases diferentes en la doctrina jurisprudencial. Una primera, en la que se exigía que el interés casacional se plasmara en los escritos de preparación, siendo su falta de mención causa de inadmisión¹⁹. Una segunda, de mayor flexi-

¹⁷ STS 911/2016, de 1 de diciembre.

¹⁸ “Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015”. Revista del MF nº 2.

¹⁹ AATS 7/7/2016 (Queja 20533/2016), 7/9/2016 (Queja 10352/2016), 23/2/2017 (Queja 1811/2016) y 23/2/2017 (Queja 1894/2016).

bilidad que es la que se ha impuesto, en la que se ha entendido que el interés casacional corresponde decidirlo en exclusiva a la Sala Segunda del TS, sin que el Tribunal *a quo* pueda inadmitir el recurso basándose en ello²⁰.

La decisión a mi juicio resulta acertada, teniendo en cuenta, en la línea apuntada por el citado autor, que a los supuestos enumerados en el Preámbulo del denominado interés casacional, se unen otros de infracción de normas penales sustantivas no comprendidas en los anteriores, que pueden y deben ser combatidas por el motivo de infracción de ley del art. 849.1 LECrim., que es el que se autoriza como medio de impugnación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el art. 847.1 b), sin restricción alguna, al no haberse incorporado los propósitos contenidos en el Preámbulo a la norma procesal. Cualquier otra solución, supondría poner en manos de un órgano incompetente la decisión de fondo, con grave quebranto del derecho de acceso a los recursos.

No obstante, para evitar las consecuencias negativas de una posible inadmisión del recurso preparado por el Tribunal *a quo* y siguiendo los criterios elaborados por la Fiscalía del TS²¹, en los escritos de preparación del recurso de casación se deberá precisar el interés casacional en los siguientes términos:

1. cuando la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.
2. cuando resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales,
3. cuando aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.
4. Fórmula abierta, “entre otros” aspectos.

Por ello la tramitación del nuevo motivo de recurso debería contener: una primera fase de preparación ante el Tribunal *a quo*, debiendo precisar el escrito de preparación el interés casacional (art. 855, clase de recurso) en relación con los aspectos recogidos en la Exposición de Motivos.

- En los apartados 1 y 2 se debería invocar las sentencias de contraste, del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales, con sucinta explicación de la contradicción.
- En el apartado 3 se debería citar la norma “nueva”, con la adecuada explicación de su relación con el fallo.
- Lo mismo en el apartado 4: una sucinta explicación del motivo que fundamente el interés casacional.

En los restantes supuestos–infracción de norma penal sustantiva no incluida en los apartados anteriores– será suficiente con indicar que el recurso se prepara por infracción de ley del nº 1º del art. 849.1 LECrim, especificando en el informe posterior las razones que justifican la interposición del recurso.

1.2.2. Recurso de casación en el procedimiento del jurado

El procedimiento del jurado era el único en el que se había instaurado la doble instancia hasta la reforma procesal de 2015 y mantiene para la apelación la misma regulación contenida en el art. 846 bis LECrim. en sus distintos apartados.

²⁰ AATS 31/1/2018 (Queja 20992/2017) y 8/2/2018 (Queja 20841/2017).

²¹ Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo han elaborado las pautas sobre la fase de preparación del recurso de casación por interés casacional del art. 847.1.b) LECrim. precisando que sea en el escrito de preparación, que deberá ampararse en el art. 849.1º LECrim., donde se especifique dicho interés casacional.

El art. 846 bis c) permite la interposición del recurso de apelación basado en el quebrantamiento de normas y garantías procesales siempre que se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación, entre otros, en los supuestos de existencia de defectos en el veredicto que concreta en la parcialidad de las instrucciones, defectos en la proposición del objeto o por concurrir motivos que debieron dar lugar a su devolución al Jurado.

Pues bien, de la lectura del art. 53 LOTJ se desprende que es necesario que se formule protesta contra la decisión del Magistrado Presidente de rechazar las inclusiones o exclusiones que las partes estimen convenientes en el objeto del veredicto. Por su parte, el art. 63 contiene una previsión similar para los supuestos de devolución del acta al Jurado.

Por consiguiente, es obligado formular protesta en los dos supuestos como requisito ineludible para que prospere la pretensión en el recurso de apelación. Si ésta es desestimada y se pretende interponer recurso de casación, en el escrito de preparación deberá consignarse de forma sucinta los defectos en las proposiciones del objeto del veredicto o los déficits de motivación en el acta de votación que fueron oportunamente denunciados en la instancia, la protesta formulada y que por ese motivo se interpuso recurso de apelación, solicitando testimonio del objeto del veredicto y del acta de votación, recurso que deberá ser preparado por la vía del art. 852 LECrim.

En cuanto a los quebrantamientos de forma me remito a los comentarios que he realizado en el apartado correspondiente

1.2.3. Recurso de casación para unificación de doctrina en menores y en vigilancia penitenciaria

En ambos casos, se residencia en el Tribunal de la instancia un amplio poder de decisión en la fase de admisión, como no podía ser de otra manera dada la propia naturaleza de los recursos y los requisitos legales para su admisión perfilados por la doctrina jurisprudencial.

La extensión de la ponencia hace inviable un estudio detenido de ambos recursos.

Por ello, en cuanto al primero me remito a los acertados criterios que sobre la preparación del recurso se contienen en el apartado X de la Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Ley Penal del Menor de 2006.

Y en cuanto al segundo, es suficiente con remitirse al contenido del Pleno de 22 de julio de 2004 que estableció con gran precisión y detalle los requisitos que debían reunir los escritos de preparación del recurso²².

1.3. Plazo, admisión y queja

1.3.1. Plazo

El art. 856 LECrim., dispone que la petición se formulará dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución contra la que se intente entablar el recurso. La misma previsión se contiene en el art. 282 LECrim.

²² Son requisitos de este recurso: a) La identidad del supuesto legal de hecho. b) La identidad de la norma jurídica aplicada c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y, d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida. El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario: a. No es una tercera instancia. b. Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal "a quo". Y, c. No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma. a) cuando ello depende de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Preparación del recurso: el Tribunal "a quo" debe comprobar: e) Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina; f) Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y g) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal "a quo" deberá examinar antes de pronunciarse al respecto (...).

Aunque parece conveniente y deseable que el recurso se prepare dentro de los cinco días siguientes al de la notificación al Fiscal de la resolución, cualquier omisión u olvido puede subsanarse cuando no siendo notificaciones simultáneas, sino sucesivas no haya transcurrido aún el plazo fijado desde la última notificación a los que fueron parte en el proceso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no es precisa la notificación personal de la sentencia de apelación al interesado siendo válida la realizada a su representación procesal, como se ha pronunciado con reiteración la doctrina jurisprudencial²³. Cuestión que no es baladí tras la reforma procesal de 2015, pues se configura la casación como remedio procesal contra las sentencias dictadas en apelación, salvo las dictadas en primera instancia por el TSJ en procedimientos contra aforados

La interposición de un recurso de aclaración contra la resolución que se pretende recurrir en casación interrumpe de forma automática el plazo, que comenzará a computarse de nuevo desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución de la aclaración (arts. 161 LECrim. y 267.9 LOPJ), siempre y cuando la aclaración se interponga en los plazos prevenidos (dos o cinco días, según los casos). En ningún caso, puede admitirse que se utilice la aclaración como subterfugio para eludir el plazo del recurso principal ya vencido, lo que puede suceder cuando se inste vía aclaración, presentada una vez transcurridos los cinco días, la rectificación de errores materiales, aritméticos o simples omisiones, que el tribunal puede rectificar en cualquier momento sin sujeción a plazo, con la aviesa intención de una vez resuelto en sentido positivo o negativo la reclamación, se reanude por completo el plazo del recurso principal que ya había vencido, lo que constituye un fraude procesal que debe rechazarse.

En cuanto al cómputo del plazo siguiendo los argumentos de la Circular 1/2018²⁴, que aunque referidos al recurso de apelación son trasladables al recurso de casación se puede distinguir:

- Notificación telemática (art. 152.3, regla 4ª LEC): los actos de comunicación se entenderán realizados al día siguiente hábil a la fecha de recepción y si fuera remitido con posterioridad a las 15:00 se tendrá por recibido al día siguiente hábil (art. 151 LEC); cuando al acto de comunicación deba acompañarse algún documento o despacho, éste se tendrá por realizado cuando se entregue el documento siempre que los efectos de la comunicación estén vinculados al documento (art. 151, apartado 3º). Plazo ampliado, por lo que se refiere a las notificaciones telemáticas al MF, a 10 días para presentación de escritos²⁵. En estos casos el recurso se empezará a computar desde el undécimo día.

²³ Así, señala el ATS de 27/2/2018 dictado en el recurso de queja 20017/2018, con cita de otros precedentes que “La cuestión planteada por la defensa del recurrente en queja consiste en decidir si es aplicable lo dispuesto en el art. 160 LECrim., a la notificación de las sentencias dictadas para resolver los recursos de apelación interpuestos al amparo de lo previsto en los arts. 790 a 792 LECrim., o si, por el contrario, no es necesaria la notificación personal al recurrente, teniendo en cuenta que el art. 792 LECrim., solo contiene una norma específica —la del párrafo 5 del art. 792 LECrim., relativa a los ofendidos o perjudicados por el delito que carezcan de representación procesal, y que el art. 182 LECrim., prescribe que las notificaciones podrán hacerse a los procuradores de las partes, sin exceptuar ninguna —solo exceptúa las citaciones que deban hacerse personalmente a las partes, por disponerlo así la ley expresamente o por requerirse su presencia.

Pues bien, la lectura del art. 160 LECrim., permite comprobar que su previsión hace referencia específica a los supuestos de sentencias definitivas dictadas después de la celebración de un juicio oral, en el que, con carácter de regla general, es obligatoria la asistencia del acusado (art. 786 LECrim.), cuyo derecho a la revisión de la condena, internacionalmente reconocido (art. 2.1 del Protocolo 7 al CEDH y art. 14.5 PIDCP), solo puede garantizarse de forma adecuada mediante la notificación personal de la condena.

Por el contrario, en los supuestos de las sentencias dictadas para resolver los recursos de apelación, contra las cuales solo cabe el recurso extraordinario de casación (art. 847 LECrim.), tras la celebración de la vista correspondiente ante la Audiencia Provincial —en el caso de ser preceptiva o conveniente (art. 791.1 LECrim.)—, a la que no se prevé la asistencia del recurrente como obligatoria y, por tanto, como causa de suspensión, sino solo la de su representante procesal y la de su abogado (STS2 1618/2002 de 3 oct. FD1), debe considerarse suficiente la notificación al procurador del recurrente. En definitiva, si se tratase de una sentencia dictada en la instancia sería obligatoria la notificación directa al acusado (arts. 160 y 182 LECrim.) y habría que estar a la fecha de esa notificación personal o a la del momento en que se tiene por suficiente la efectuada al procurador al constatarse que no se localiza al acusado. Pero esta es una sentencia dictada en apelación que no requiere notificación personal: basta la efectuada al procurador (ver auto de 18/07/17, queja 20111/17 y auto de 22/02/18, queja 20919/17)”.

²⁴ Apartado 6.5. Cómputo de los plazos para recurrir en apelación.

²⁵ DT 4ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, recientemente prorrogada hasta el 1 de enero de 2020 por Ley 12/2017, de 28 de diciembre.

- Notificación presencial o por correo electrónico (art. 152.2 LEC): prevista para los supuestos en los que no exista disponibilidad de sistemas de comunicación telemática o se acompañen elementos no susceptibles de conversión en formato electrónico. En estos casos, el acto de comunicación se entenderá realizado desde que conste la recepción en la sede de la Fiscalía, aunque sea por el personal auxiliar²⁶.

En todo caso debe recordarse que los escritos pueden presentarse hasta las 15:00 del día siguiente al último del plazo (art. 135.5 LEC y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003).

Estos plazos rigen también para la fase de interposición del recurso y aunque no se conocen casos de notificación telemática del emplazamiento, si ésta tiene lugar de esta forma el plazo para la interposición del recurso comenzará a computarse a partir del undécimo día.

1.3.2. Admisión

Al margen de la mayor discrecionalidad que se otorga a los Tribunales de instancia en los recursos de casación para unificación de doctrina en los procedimientos de menores y de vigilancia penitenciaria que se explica por los estrictos contornos que presentan ambos recursos sujetos a unos requisitos que deben ser acreditados en la fase de preparación, en la casación ordinaria a los Tribunales les está vedado el examen del fondo y deben limitarse a comprobar la concurrencia de los requisitos de forma, concretamente los siguientes:

- La concurrencia de los requisitos de legitimidad para interponer el recurso que fija el art. 854 LECrim.
- La recurribilidad en casación de las resoluciones impugnadas determinadas en los arts. 847 y 848 LECrim.
- Los requisitos en cuanto a la actividad anunciadora referentes al tiempo y formalización del art. 856 LECim.
- La obligada mención de la clase del recurso que se proponga interponer el solicitante del testimonio, la designación de los particulares de los documentos cuando se proponga el recurso por el nº 2º del art.849 y la falta o falta cometidas y, en su caso, las reclamaciones practicadas para subsanarlas y su fecha cuando se anuncie el recurso por quebrantamiento de forma, requisitos que impone el art. 855 LECrim.

El incumplimiento de estos requisitos permite al Tribunal inadmitir a trámite la preparación del recurso. Igualmente cabe la admisión parcial, cuando se incumplan alguno o algunos de los requisitos señalados en último lugar o se trate de resoluciones que solo admitan el recurso por la vía de la infracción de ley.

Aunque es cierto que la Sala Segunda en su acuerdo plenario de 9 de junio de 2016, relativo a la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la LO 41/2015 en el ámbito del recurso de casación, al que ya me he referido, y en sus primeras decisiones otorgaba un amplio margen al Tribunal de la instancia para inadmitir en la fase de preparación aquellos escritos en los que el recurrente no justificara el interés casacional, modificando su tradicional doctrina que vedaba en esa fase cualquier decisión que afectara a las cuestiones de fondo, ha rectificado posteriormente su postura considerando que la competencia para dilucidar si la cuestión planteada por infracción de ley tiene o no interés casacional corresponde en exclusiva a la Sala Segunda²⁷.

En cualquier caso, debe recordarse que superar el trámite de admisión en la fase de preparación o el trámite específico de los arts. 883 a 893 LECrim en la fase de sustanciación no zanja la cuestión de la admisibilidad. Si en la fase de decisión se evidencia la concurrencia de una

²⁶ Consulta 3/1994, Circular 1/2001 e Instrucciones 2/2000, 1/2003 (apartado V.1) 2/2004 (apartado III).

²⁷ AATS de 4 de julio, 15 y 29 de septiembre de 2017 y, más recientemente, de 12 de noviembre de 2018 (Queja 20583/2018).

causa que hubiera de determinar la inadmisión a limine del recurso, tal causa se convertirá en motivo de desestimación sin necesidad de entrar en el fondo.

Contra la decisión del Tribunal podrá interponerse recurso de queja ante la Sala Segunda del TS (arts. 862 y ss LECrim.), que paso a examinar seguidamente.

1.3.3. Recurso de queja

Contra el Auto denegatorio de la preparación del recurso deberá anunciarse la intención de acudir en queja ante la Sala Segunda del TS, en el plazo de dos días desde la notificación de la resolución denegatoria. Rigen para los plazos las mismas prevenciones en relación con las notificaciones que las establecidas en la Circular 1/2018, ya comentada.

El Tribunal debe emplazar a las partes para que comparezcan ante la Sala Segunda e interpongan el recurso de queja en los mismos plazos que los previstos para la interposición del recurso de casación en el art. 859.

Por tanto, compete en exclusiva a la Fiscalía del TS la interposición del recurso de queja ante la Sala segunda. El Fiscal de la instancia, si considera indebida la resolución denegatoria, debe limitarse a anunciar el recurso ante el Tribunal y elaborar el informe que con el emplazamiento deberá remitir a la Fiscalía del TS, tal y como ya indicaba la FGE en la Circular 1/1980, sobre preparación de los recursos de casación en materia penal.

Como quiera que la doctrina jurisprudencial de forma reiterada ha advertido que el recurso de queja contra el Auto que deniega tener por preparado el recurso de casación debe limitarse a la pertinencia del recurso, sin que pueda alcanzar a las cuestiones de fondo²⁸, el informe fiscal debe limitarse a justificar, según los casos, que se ha interpuesto en plazo, que se trata de una de las resoluciones recurribles en casación o que se han cumplimentado los requisitos de forma exigidos en el art. 855 LECrim.

En cualquier caso, el Tribunal solamente está obligado a remitir copia certificada del auto denegatorio a la Sala Segunda del TS (art. 863 LECrim.). Por ello, resulta imprescindible que con el informe se acompañe copia del escrito de preparación para que el Fiscal del TS pueda comprobar el cumplimiento de los requisitos formales necesarios para la admisión a trámite del recurso preparado, y en los casos en que la decisión se base en la presentación del escrito de preparación fuera de plazo, copia de la notificación de la resolución que se pretende recurrir al MF y a las restantes partes a fin de constatar que no había finalizado el plazo del art. 856 de la Ley procesal.

Por último, es necesario que el informe, y en su caso la documentación, se remitan el mismo día del emplazamiento, para evitar que retrasos injustificados puedan frustrar el éxito de la pretensión.

1.4. Desistimiento

La dicción del art. 861 bis c. LECrim. es de una claridad meridiana: el desistimiento del recurso podrá hacerse en cualquier estado del procedimiento.

No es infrecuente que se preparen recursos de casación dentro del plazo del art. 856 que, tras un estudio en profundidad resulten inviables por diversas razones (la doctrina jurisprudencial avala la decisión adoptada por el tribunal, la fundamentación no es arbitraria etc.).

En estos supuestos, la decisión lógica es desistir de formalizar el recurso. Surge la duda de si el Fiscal de la instancia puede presentar un escrito de desistimiento ante el Tribunal que dictó la resolución que se pretende recurrir en casación.

²⁸ Vid, por todos, ATS de 6 de marzo de 2018 (Queja 20835/2018).

A mi juicio, es preciso distinguir dos fases diferenciadas, según se haya producido o no el emplazamiento:

- a) Si las partes no han sido emplazadas, elementales razones de economía procesal abonan que sea el Fiscal de la instancia el que presente el escrito de desistimiento. Carece de lógica en esos casos que se espere al emplazamiento y que se remita a la Fiscalía del TS un informe sosteniendo que no es factible la interposición del recurso para llegar a la misma conclusión: el desistimiento.
- b) Si las partes han sido emplazadas, compete al Fiscal del TS presentar el escrito de desistimiento si el informe remitido expone razones fundadas que hacen inviable la interposición del recurso.

En el primero de los casos, cuando existan otros recurrentes es obligado remitir con el testimonio de la sentencia copia del escrito de desistimiento. En el supuesto que emplazadas las partes el Fiscal de la instancia, aún de forma indebida, presente un escrito de desistimiento ante el Tribunal que dictó la resolución, debe remitir dicho escrito a la Fiscalía del TS, para evitar que pueda interponerse el recurso de casación en un procedimiento en el que el MF ostenta la cualidad de recurrente y simultáneamente haya desistido de formalizarlo en la instancia.

1.5. El Informe del fiscal

Con el emplazamiento debe remitirse a la Fiscalía del TS el informe que justifica la interposición del recurso de casación.

En relación al informe es necesario incidir en una serie de aspectos esenciales relativos al plazo, contenido y documentación que debe acompañar al citado informe, recordando las instrucciones impartidas por la FGE.

Una cuestión recurrente es la relativa al plazo para elaborar el informe del que dispone el Fiscal que presentó el escrito de preparación del recurso. La respuesta es simple: se trata de un informe interno que, como no podía ser de otra manera, no está sujeto a prescripción legal alguna y que debe estar confeccionado cuando se notifique el emplazamiento a las partes, momento en que debe remitirse de inmediato a la Fiscalía del TS porque comienza a correr el plazo para la interposición del recurso de casación.

Algunos Tribunales demoran en exceso el emplazamiento una vez transcurridos los plazos para la preparación del recurso, pero esta circunstancia no debe servir como excusa para dilatar la confección del informe basándose en la costumbre en la actuación de los órganos jurisdiccionales. Si la notificación de la resolución que se pretende recurrir es simultánea, el emplazamiento, una vez transcurrido el término de cinco días de la preparación, puede llevarse a cabo al día siguiente hábil de la finalización del plazo de preparación, y el informe debe estar ya confeccionado para su remisión inmediata.

La entonces Fiscalía del TS (actual FGE), consciente de las disfunciones que se producían por las demoras en la remisión de la documentación del recurso con el tiempo suficiente para el estudio y desarrollo de la tesis del recurso que exigía su examen por la Junta de Fiscales de la Sección, y aún por la General de la Fiscalía, y recordando instrucciones vetustas (Circular de 12 de junio de 1911 e Instrucción de 2 de diciembre de 1916), en la Circular 1/1980 elaboró una serie de normas de obligado cumplimiento, que por lo que hace a la confección del informe, tienen plena vigencia y es necesario recordar: *“El Fiscal que reciba la notificación de una sentencia o auto susceptible de recurso de casación, con autorización del Fiscal-Jefe de la Audiencia, formulará el oportuno escrito de preparación... A la vez o en tanto que el Tribunal acuerda sobre dicha petición redactará el preceptivo informe sobre los motivos que, a su juicio, fundamentan el recurso, informe que quedará a la espera de que el Tribunal resuelva teniéndolo por preparado con expedición de los documentos interesados. El mismo día del emplazamiento, o a lo más en el día siguiente hábil, se cursará directamente a esta Fiscalía la documentación relativa al recurso y el informe fiscal”*.

Decía que es un problema de plena actualidad, porque hoy en día es frecuente la recepción en la Fiscalía del TS de recursos preparados cuando han transcurrido varios días desde el emplazamiento e, inclusive, a escasos días del término del plazo de interposición, y son pocos los preparados que se reciben en plazo. Este retraso, especialmente en los llamados macroprocesos o procesos de especial complejidad, puede acarrear funestas consecuencias para la debida fundamentación del recurso. A día de hoy resultan aún más injustificadas estas demoras, cuando los medios telemáticos actuales permiten la remisión inmediata de cualquier documento, sin perjuicio de que, posteriormente, se remita por correo certificado los originales de la documentación necesaria para la interposición del recurso.

Siendo obligación del Fiscal-Jefe, como dice la citada Circular, autorizar la preparación del recurso y suscribir el informe, indicando el nombre del Fiscal que lo hubiera redactado, es también obligación suya controlar que el informe esté preparado cuando se notifique la cédula de emplazamiento. No puede desconocerse que en la actualidad el crecimiento paulatino de las plantillas de las Fiscalías territoriales, especialmente en los grandes centros de población, ha obligado a delegar algunas de las funciones que correspondían al Fiscal-Jefe en la figura de los Decanos, entre las que indudablemente se puede encontrar la tarea de la preparación de los recursos de casación, que se han creado las denominadas Fiscalías de Área en lugares donde pueden existir Secciones desplazadas de la Audiencia Provincial y que el principio de especialización se ha extendido a toda la estructura de la institución con la creación de Secciones especializadas en los diversos órganos territoriales del Ministerio Fiscal que trabajan siguiendo los criterios de los distintos Fiscales de Sala Coordinadores de las especialidades, y que éstos deben mantener la necesaria coordinación con los Fiscales de Sala Jefes de lo Penal de la Fiscalía del TS en orden a la formalización y tramitación de los recursos de casación que se planteen en materias correspondientes a su área de actuación (Instrucción 5/2008 FGE). Pero estas circunstancias, no pueden constituirse en excusa para demorar la remisión de la documentación necesaria para la interposición del recurso por razones de coordinación interna de las Fiscalías, de supervisión por los Fiscales de Sala Coordinadores de las Fiscalías especializadas o por otras razones ignotas, pues no debe olvidarse, en ningún caso, que el Fiscal del TS es el único al que compete la tarea de interponer el recurso de casación dentro del término del emplazamiento, término del que debe disponer en su totalidad. Por ello, debe reafirmarse la obligación que atañe a los Fiscales Jefes, de la Audiencia Provincial, del TSJ y de las Fiscalías de ámbito nacional con jurisdicción propia, de remitir el informe interno y la documentación necesaria para la interposición del recurso cuando se notifique la cédula de emplazamiento.

Por lo que se refiere al contenido del informe, la citada Circular establecía que se redactará siguiendo la forma prevenida por el art. 874 LECrim para el escrito de interposición²⁹.

No se trata de que el informe, que no se olvide que es de carácter interno, se ajuste a una exquisita técnica casacional que, por razones obvias, desconocen los Fiscales de la instancia, sino que contenga con la debida separación de los motivos una información clara y precisa sobre las razones que hacen necesaria la interposición del recurso aderezada, en su caso, con una breve referencia de la doctrina jurisprudencial que puede servir de apoyo a la pretensión, de manera que el Fiscal del TS con dicha información decida sobre su interposición y, sin olvidar, que el recurso se interpone contra la sentencia o auto, sin que sea posible verter en el informe las opiniones personales o subjetivas del que lo redacta que no aparezcan reflejadas en la fundamentación jurídica de la sentencia o auto. En los supuestos, a los que ya hemos aludido,

²⁹ Sobre este precepto se ha pronunciado de forma reiterada la Sala Segunda que, aunque ha primado siempre el antiformalismo, ha recalado la necesidad de que en los recursos se respete el orden de los motivos siguiendo una correcta técnica casacional, señalando la reciente STS 379/2018, de 23 de julio que: "el orden sistemático de los motivos es relevante, pues la infracción de ley exige el respeto del relato fáctico, por lo que carece de lógica formular este motivo de recurso con anterioridad a otros en los que se cuestiona dicho relato, y que, en caso de prosperar, permitirían fundamentar la infracción legal denunciada sobre una base más conveniente. Tampoco tiene sentido plantear como prioritario el análisis de la subsunción jurídica cuando en un motivo posterior, por quebrantamiento de forma, se interesa la nulidad del juicio, o la de la sentencia, pues lo expuesto al resolver este primer motivo perdería toda efectividad en caso de prosperar el siguiente. En consecuencia, el orden lógico es plantear, en primer lugar, las infracciones constitucionales, a continuación los motivos por quebrantamiento de forma, seguidos del error en la valoración de la prueba, concluyendo con la infracción de ley".

de duda razonable sobre el cauce casacional adecuado para la interposición del recurso, en los que resulta aconsejable su preparación por distintos motivos, será suficiente con que el informe contenga el desarrollo del motivo principal que justifique la interposición del recurso y una breve referencia a que la preparación se ha extendido a otros motivos casacionales para no cercenar las posibilidades de que prospere el recurso, cuya interposición, no se olvide, es de competencia exclusiva de la Fiscalía del TS.

Es preciso recordar que el Fiscal del TS solamente dispone del informe y de la documentación que remite la Fiscalía territorial para estudiar y analizar la posible interposición del recurso, pero no tiene acceso a la causa que, o bien no ha sido remitida, o se recepciona en la sede del TS en fechas próximas o con posterioridad al término del plazo.

Por esta razón, es esencial que disponga de la documentación necesaria para la formalización, en su caso, del recurso de casación, documentos que, sin pretensiones de exhaustividad se enumeran a continuación, recordando las instrucciones impartidas por la FGE:

- Testimonio de la sentencia o auto que se pretende recurrir como dispone el art. 859 de la Ley procesal. En los procesos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 41/2015 será preciso disponer de testimonio de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 847.1 a); y de la sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal, Juzgado Central de lo Penal o Juzgado de Instrucción en el enjuiciamiento rápido y la dictada en apelación por la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 847.1 b). Téngase en cuenta que en estos procesos la doble instancia puede hacer innecesaria la remisión de las causas, especialmente en el segundo de los supuestos en el que solo se admite el recurso por infracción de ley del nº 1º del art. 849 LECrim. En ambos casos, deberá remitirse copia de los recursos de apelación que, en su caso, haya podido interponer el MF, si éstos no han sido testimoniados. En el procedimiento del jurado, igualmente será necesario que se testimonien la sentencia de la instancia y la dictada en apelación por el TSJ.
- Testimonio del Auto de resolución de cuestiones previas en el procedimiento abreviado o, en su caso, del acta del juicio oral en el que se haya plasmado la decisión, en los supuestos en que dichas cuestiones se hayan resuelto de forma anticipada e independiente de la sentencia, y el recurso preparado se fundamente en la errónea decisión adoptada.
- Testimonio literal del escrito de preparación (Circulares 1/1954, 2/1966, 1/1980)
- Testimonio del emplazamiento y de su notificación, necesarios para el debido control del plazo del recurso.
- Copia literal del escrito o escritos de conclusiones del MF (Circular 1/1980).
- Copia del acta del juicio oral o del CD que contenga la videograbación del acto plenario, en todos aquellos supuestos de denegación de diligencias de prueba, declaración en juicio de nulidad de diligencias de prueba y otras incidencias que sean relevantes para el éxito del recurso preparado, siempre recordando que debe constar la oportuna protesta.
- Cuando el recurso se prepare por infracción de preceptos constitucionales por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, deberán remitirse los oficios policiales y las resoluciones declaradas nulas para con el necesario conocimiento de la documentación pueda decidirse sobre la interposición del recurso. Lo mismo debe predicarse de cualquier otra diligencia de prueba que se haya declarada nula por vulneración de derechos fundamentales.
- Cuando el recurso se prepare por quebrantamiento de forma, además de la copia del acta del juicio oral a la que se ha hecho ya referencia en los supuestos de denegación de diligencias de prueba o denegación de preguntas, deberá remitirse testimonio del auto de in-

admisión de pruebas dictado en el procedimiento ordinario al amparo del art. 659 LECrim., y de la oportuna protesta, del auto de inadmisión de pruebas dictado en el procedimiento abreviado al amparo del art. 785.1 LECrim, que deben reproducirse en el acto del juicio oral y del auto de inadmisión de pruebas dictado en el procedimiento de jurado al amparo del art. 37 d) LOTJ, y de la oportuna protesta, debiendo ser objeto de la apelación previa a la casación esta reclamación.

- Como quiera que tras la entrada en vigor de la LO 41/2015, las sentencias dictadas en primera instancia en causas seguidas por el procedimiento ordinario y abreviado por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional son recurribles en apelación, recurso que se rige por lo dispuesto en los arts. 790 a 792 de la Ley de conformidad con lo dispuesto en el art, 846 ter.1. y 3. LECrim., será preciso acreditar que se propuso en el recurso la práctica de la prueba inadmitida o indebidamente denegada en segunda instancia (art. 790.3 LECrim.), y acompañar al informe, además del recurso de apelación interpuesto por el MF, el Auto denegatorio dictado al amparo del art. 791.1. Esta posibilidad no está prevista en el procedimiento de jurado (art. 846 bis c).
- Cuando se alegue incongruencia omisiva, debe remitirse testimonio del recurso de aclaración y de la resolución denegatoria, alegato que debe ser reproducido en el recurso de apelación en los procesos incoados tras la entrada en vigor de la LO 41/2015.
- En el supuesto del nº 6º del art. 851, debe remitirse testimonio del incidente de recusación y de la resolución denegatoria, reclamación que debe reproducirse en el recurso de apelación en los procesos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 41/2015.
- Cuando el recurso se prepare por error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECrim.), debe remitirse copia del documento en el que se contengan los particulares a que el recurso preparado se refiere, sin cuyo conocimiento, ni se puede valorar adecuadamente la trascendencia del mismo, ni es posible muchas veces argumentar el escrito de formalización del recurso, por carecer de datos para ello (Instrucción FGE 1/1985).
- Cuando el recurso se prepare por defectos en la proposición del objeto del veredicto o déficit de motivación del acta de votación en el ámbito del procedimiento de la Ley del Jurado, debe remitirse copia de ambos documentos.

Gran parte de los documentos necesarios para el estudio de los recursos preparados que se reciben en la sede de la Fiscalía del TS, que he enumerado en los párrafos anteriores, especialmente los documentos cuya remisión resulta obligada siguiendo las normas impartidas por la FGE, son con frecuencia omitidos y obligan a reclamar su urgente remisión con el consiguiente retraso en la debida preparación del escrito del recurso cuando resulta procedente.

2. Resoluciones recurribles

La Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, establece que se aplicará “a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.

A raíz de la entrada en vigor de la reforma se ha consolidado en la doctrina jurisprudencial la tesis que sostiene que la modificación legal operada por la Ley 41/2015 no puede tener efectos retroactivos para los procedimientos anteriores, al no estar previsto expresamente en su Disposición Transitoria, única posibilidad que posibilitaría que la Sala Segunda conociese sobre el fondo del recurso de casación interpuesto. No pudiéndose acudir, ante dicha falta de previsión, al principio de retroactividad de la Ley penal más favorable, ya que no estamos en el ámbito de la normatividad penal sustantiva, sino de la procesal penal³⁰.

³⁰ Esta solución se ha mantenido por la Sala anteriormente en autos de fechas 3 y 6 de mayo de 2016, recaídos en los recursos de queja números 20186/2016 y 20124/2016, así como, en el auto de inadmisión, de fecha 9 de junio de 2016, recaído en el recurso nº 547/2016 y, más recientemente, en auto 1013/2018, de 26 de julio, recaído en el recurso nº 899/2018.

Por ello, es preciso diferenciar las resoluciones recurribles en casación en los procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, que se tramitarán por la normativa derogada, y los incoados con posterioridad que se registrarán por la normativa vigente.

No obstante, el contenido de la ponencia siguiendo el encargo recibido del Director de la Revista, hace inviable, por su extensión, un estudio pormenorizado de cada una de las resoluciones recurribles en casación. Por esta razón, he preferido elaborar una guía práctica de aquellas resoluciones que pueden ser recurridas en casación, diferenciando el régimen transitorio y el vigente, siguiendo para ello la doctrina jurisprudencial, las directrices emanadas de la FGE³¹ y las opiniones autorizadas de algunos autores emitidas en trabajos de similar contenido³², con la finalidad, nada pretenciosa, que pueda servir de ayuda a los fiscales que afrontan la tarea de preparar un recurso contra una resolución contraria al ordenamiento jurídico.

Solamente me detendré en el análisis del aspecto más polémico de la reforma, que es a mi juicio el de los autos susceptibles de ser recurridos en apelación y casación, ante la aparente antinomia en la redacción de los arts. 846 ter y 848 LECrim.

2.1. Régimen transitorio

2.1.1. Sentencias

El art. 847 LECrim., anterior a la reforma disponía que procedía el recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o segunda instancia (aforados y procedimiento de jurado), y contra las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia. Estaba vedado el acceso a la casación a las sentencias dictadas en apelación, con excepción de las dictadas en el procedimiento del jurado.

Doctrina consolidada de la Sala Segunda ha mantenido la compatibilidad del régimen del recurso de casación instaurado hasta la reforma con el derecho a la doble instancia penal³³.

Obsérvese que en el ámbito del procedimiento del jurado, único en el que estaba previsto la previa apelación, la anulación de la sentencia decretada en apelación por el TSJ no impide el acceso a la casación, a diferencia de lo que sucede en la regulación vigente (art. 847.2 LECrim).

2.1.2. Autos

El art. 848 LECrim., en su redacción anterior a la reforma, solamente permitía el acceso a la casación a los autos dictados en apelación por los TSJ y a los de carácter definitivo dictados por las Audiencias, y únicamente por infracción de ley en los casos en los que ésta lo autorice expresamente. En su segundo párrafo, disponía: *“a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”*.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II celebrado el 9 de febrero de 2005 impuso tres presupuestos que debían concurrir ineludiblemente: *“Los autos de sobreseimiento dic-*

³¹ Circular 1/2018, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal.

³² Escobar Jiménez, R. “Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre”. Revista del Ministerio Fiscal nº 2. Del Moral García, “Incidencia de la reforma procesal penal de 2015 en el régimen de recursos contra autos. Autos recurribles en apelación y casación”. Curso de la nueva regulación del recurso de apelación (CEJ 2017).

³³ Pleno no jurisdiccional de 13/9/2000 y SSTS 877/2011, de 21 de julio y 1012/2012, de 21 de diciembre. En la primera se dice: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, de la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a su valoración y a la legalidad de su obtención, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En concreto, refiriéndose de forma específica al recurso de casación español, aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14 de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006.

tados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª). Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª). Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª). Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación”.

En la interpretación del acuerdo plenario, aunque parece que el sobreseimiento libre al que se refiere el art. 848 es el descrito en el ordinal 2º del art. 637 por no ser los hechos constitutivos de delito, en opinión de Escobar Jiménez en la obra ya citada, con la que coincido, con apoyo en la doctrina jurisprudencial (STS 1172/2009, y las que en ella se citan), *“no habría obstáculo para incluir, del mismo modo, el ordinal 3º que lo autoriza en caso de concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal siempre que semejante decisión supusiera considerar, en definitiva, que los hechos no son constitutivos de delito y, del mismo modo, el fin del procedimiento (cfr., no obstante, art. 782.1 LECrim.)”.*

En cuanto al dictado de una resolución equivalente al procesamiento como señala igualmente Escobar Jiménez, *la jurisprudencia de la Sala II, siguiendo el tenor del citado Acuerdo de 9 de febrero de 2005, que requería una imputación judicial equivalente a un procesamiento, situó la solución en el auto regulado en el art. 779.1.4º LECrim. que acuerda continuar las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Junto al mismo, también se ha admitido, en ocasiones, respecto del auto que acuerda medidas cautelares siempre que contuviera ciertos condicionamientos, y se ha rechazado respecto del auto que admite la querrela, el auto de incoación de diligencias previas o la imputación al investigado que regula el art. 775 LECrim. Ilustrativa resulta, a estos efectos, la STS nº 63/2011, de 4-2, pudiendo verse también las SSTS números 872/2015, de 5-2 y 515/12, de 21-6. En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido para determinados delitos, el auto equivalente al del art. 779.1.4º LECrim. es el regulado en el art. 798.2.1º LECrim. por el que se acuerda continuar el procedimiento de enjuiciamiento rápido.*

Es doctrina consolidada de la Sala Segunda la que sostiene que cuando ya se ha producido un doble examen de la cuestión por dos órganos jurisdiccionales distintos, coincidiendo, tanto el instructor en la instancia como la Audiencia al resolver el recurso de apelación, en acordar el sobreseimiento, el recurrente no puede pretender una tercera revisión por el TS porque esta vía extraordinaria no está legalmente autorizada cuando el archivo se ha acordado sin que hubiese precedido auto de procesamiento ni resolución similar por parte del instructor (por todas, SSTS 129/2010, de 19 de febrero y 515/2012, de 21 de junio). Doctrina que debe extenderse a cualquier decisión adoptada durante el período instructorio, antes del dictado del auto de procesamiento o de imputación en el procedimiento abreviado.

Sin embargo, se planteó una polémica en el seno de la Sala Segunda sobre la recurribilidad en casación de los autos de sobreseimiento libre dictados en apelación por la Audiencia revocando la decisión del instructor dictada al amparo del art. 779.1.4º LECrim. Alguna resolución minoritaria (STS 815/2012, de 26 de octubre) había denegado el acceso a la casación de aquellas resoluciones entendiendo que al revocar el auto de transformación de previas y, a continuación, sobreseer, esto último ocurre sin que subsista ya, y por eso, la imputación formal. La cuestión ha sido definitivamente resuelta por el Pleno no jurisdiccional de 4 de marzo de 2015, que adoptó el siguiente acuerdo: *“En interpretación del Acuerdo del Pleno de 9 de febrero de 2005 contra la decisión en apelación que revoca el Auto del Instructor transformando las Diligencias previas en Procedimiento abreviado y ordena el sobreseimiento, cabe casación”.* Decisión plenaria que ha sido plasmada en resoluciones posteriores (ATS de 29 de abril de 2015).

En mi opinión, el acuerdo plenario favorable a la admisión del recurso es también aplicable a los supuestos en que sea el Instructor el que acuerde el sobreseimiento libre tras el dictado del auto de transformación, bien estimando un recurso de reforma interpuesto contra dicha decisión, bien en el trámite del art. 783.1 LECrim, siempre y cuando se trate de procedimientos cuyo enjuiciamiento corresponda a la Audiencia Provincial.

Tras la reforma procesal, como veremos posteriormente, la cuestión es baladí porque estos autos tendrán siempre acceso a la casación, con independencia del órgano competente para el enjuiciamiento y el momento de su adopción a la vista de los términos imperativos del art. 848 LECrim.

Son susceptibles de ser recurridas en casación las siguientes resoluciones:

- Autos de acumulación de condenas por expresa previsión legal del art. 988 LECrim.
- Autos que resuelven artículos de previo pronunciamiento. Con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2015 se entendía que a pesar de los términos del art. 676, párrafo 3º, LECrim., el recurso procedente era el de casación. A tal efecto, el Acuerdo del Pleno de fecha 8-5-1998 (reflejado en STS 6-7-1998) es del siguiente tenor: *“El actual artículo 676 LECrim. tras su modificación por LO 5/1995, de 22-5, debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO 5/1995 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de ese ámbito procesal, el recurso que corresponde es el de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo, a través de lo dispuesto en el art. 848 LECrim”*.

Por otra parte, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 13-12-2013 estableció: *“Los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión”*.

- Autos que acuerdan el sobreseimiento por falta de jurisdicción (Pleno no jurisdiccional de 28 de febrero de 2018 y ATS de 13 de marzo de 2018). No cabe la casación contra aquellos que afirmen la jurisdicción, superando pronunciamientos aislados que así lo habían afirmado (STS 974/2016, de 23 de diciembre)
- Auto de la AP rehusando su propia competencia frente al Juzgado de lo Penal, porque pese a la dicción del art. 52 LOPJ que impide suscitar cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí, se ha entendido que ese precepto se refiere a los recursos ordinarios y de una interpretación sistemática del art. 25 in fine LECrim., que autoriza el recurso de casación contra los autos de la Audiencia resolutorios de cuestiones de competencia, la Sala Segunda ha admitido el recurso. También se ha utilizado como argumento la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis* que supone el mantenimiento de la competencia declarada una vez abierto el juicio oral (SSTS 286/2013, de 27 de marzo o 282/2016, de 6 de abril).
- Autos de revisión de los aspectos penales de una condena dictada por la Audiencia Provincial por aplicación del art. 2.2 CP, porque se entiende que deben gozar de los mismos recursos que la sentencia revisada (Circulares 2/1996 y 3/2010 y SSTS 626/1995, 5 de mayo y 77/1995, 25 de enero)
- Autos resolviendo recurso de súplica; súplica y casación son recursos incompatibles según el art. 237LECrim (ATS 5/11/2018). No obstante, la Sala Segunda viene admitiendo la recurribilidad casacional de decisiones adoptadas en súplica cuando el auto, recaído en fase de ejecución de sentencia, tenga naturaleza decisoria por incidir en su fallo o bien en la ejecución de la pena a cumplir, como sucede en los casos de abono de prisión preventiva y de aplicación de los límites penológicos del art. 76 CP (SSTS 637/2012, de 18 de julio o 1078/2012, de 8 de noviembre). También se ha admitido en aquellos supuestos en los que el recurrente atendió las indicaciones que sobre el régimen de recursos le proporcionó el órgano jurisdiccional (SSTS 154/2015, de 17 de marzo y 226/2017, de 31 de marzo; STC 55/2012, de 29 de marzo).
- Autos dictados en ejecución de sentencia para fijar los pronunciamientos indemnizatorios, la fijación de las bases de la indemnización o la liquidación de intereses que se entienden como un complemento de la sentencia y, por tanto, puede interponerse el mismo recurso previsto contra la misma (SSTS 547/2012, de 27 de junio o 597/2016, de 6 de julio)

- Auto dictado en ejecución sobre inadmisión a trámite de una tercería de dominio (STS 602/2017, de 25 de julio). En contra, la STS 195/2011, de 14 de marzo, que entiende que solo cabe recurso de súplica.
- Autos dictados en ejecución sobre adaptación de condena dictada en el extranjero a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico (SSTS 820/2013 de 17 de octubre y 47/2018, de 29 de enero).
- Autos de abono de prisión preventiva sufridos en la misma causa dictados por la AP, por estar vigente, al menos en sus aspectos procesales la Ley de 17 de enero de 1901 (STS 768/2013, de 26 de septiembre). Cuando se trate de prisión preventiva sufrida en causa distinta solamente cabrá recurso de casación por la vía de la unificación de doctrina establecida en la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, introducida por la LO 5/2003. Igualmente cabe la casación contra los Autos sobre cómputo de las medidas cautelares al que hace referencia el art. 59 CP siguiendo el Acuerdo Plenario de 19 de diciembre de 2013 (STS 179/2018, de 12 de abril, y las que en ella se citan).

No cabe el recurso de casación contra las siguientes resoluciones:

- Autos de liquidación de condenas o sobre licenciamiento definitivo, salvo que suponga una modificación de la acumulación ya acordada o una mutación del límite de cumplimiento (STS 625/2017, de 14 de septiembre).
- Autos dictados en ejecución de sentencia por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado serán resueltos en apelación por el Tribunal Superior de Justicia y no cabe casación (Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2009 y STS 917/2009, de 6 de octubre).
- Autos dictados en ejecución de sentencia sobre prescripción de pena (SSTS 1364/2011, de 15 de diciembre y 450/2012, de 24 de mayo).
- Auto dictado al amparo del art. 383 LECrim. no es susceptible de recurso de casación, tanto si la decisión se basa en dicho precepto como si se acuerda al amparo del art. 746.5º (SSTS 626/2016, de 13 de julio o 550/2017, de 12 de julio).
- Auto dictado por la AP en sumario ordinario acordando el sobreseimiento provisional, porque carece del efecto de cosa juzgada material (STS 639/2017, de 28 de septiembre), y está sometido a reapertura cuando nuevos elementos de comprobación lo aconsejen (STS 75/2014, de 11 de febrero o 685/2017, de 18 de octubre).
- Auto de tasación de costas (ATS de 5 de junio de 2007, recurso nº 20115/2007).

2.2. Régimen vigente

2.2.1. Sentencias

Tras la reforma de 2015, aplicable solamente a los procesos incoados con posterioridad a su entrada en vigor, se establece una casación amplia para las sentencias dictadas en primera instancia (aforados) o en apelación (procedentes de la AP) por el TSJ y las dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 847.1 a) y una casación restringida solo por infracción de ley para las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 847.1 b). Esquema casacional que se corresponde con el propósito de instauración del sistema de doble instancia penal que se extiende a todos los procedimientos, excepto a los enjuiciados en primera instancia por el TSJ.

Respecto a la primera de las modalidades, la doctrina jurisprudencial³⁴, siguiendo las directrices fijadas en los recursos de casación contra las sentencias de apelación en el procedimiento del

³⁴ STS 476/2017, de 26 de junio, ya citada.

jurado, se ha pronunciado sobre las características del recurso en los siguientes términos: *“En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que –como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico– pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada”*.

Respecto a la segunda de las modalidades, me remito al contenido del acuerdo plenario de 9 de junio de 2016 ya expuesto con amplitud en el apartado de la ponencia dedicado a la preparación del recurso de casación, que solamente admite el recurso por error iuris y lo descarta por los restantes motivos casacionales, interpretación avalada por el TC³⁵.

No obstante, los buenos propósitos que se desprenden de la doctrina jurisprudencial, en sintonía con la función esencial que se pretende atribuir al TS de unificación de la doctrina penal, se han visto pronto incumplidos cuando ha entrado a analizar la presunción de inocencia (STS 554/2017, 12.7), los medios de prueba (STS 84/2018, 7.4) o cuestiones nuevas no planteadas en la instancia, admitidas cuando se trate de infracciones penales sustantivas cuya subsanación beneficie al reo o infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión (STS 500/2018, 24.10).

Por último, el citado acuerdo plenario estableció que el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en procedimiento por delitos leves con el siguiente argumento: *“mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno”*. Acuerdo plasmado en numerosas resoluciones posteriores³⁶

En contra se posiciona Escobar Jiménez en la obra citada, señalando *“el art. 847.1.b), que permite el recurso de casación por infracción de Ley del art. 849.1º contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, no establece excepción alguna y, por otro lado, la Ley que lo introduce (Ley 41/2015) es de fecha posterior a la que dio redacción al art. 977 (Disposición Final 2ª de la LO 1/2015), por lo que la indicada previsión del art. 977 debería entenderse tácitamente derogada al contradecir lo regulado en la ley nueva. Item más, los arts. 624 y 625, cuyo contenido ha de entenderse referido ahora a este procedimiento por delitos leves, hablan de recurso de casación”*. En efecto, parece contradictorio que una sentencia dictada por el Juez de lo Penal en la que ha conocido de un delito leve por mor de la conexidad procesal a la que se refiere el art. 14.3 LECrim. pueda acceder a la casación y en ésta se plantee exclusivamente la infracción del precepto sustantivo que tipifica dicho delito, y, sin embargo, esa misma infracción cuando no se considere que esté relacionada con el delito principal, enjuiciada por el Juez de Instrucción no tenga acceso a la casación. Parece más bien que la decisión plenaria, con amparo legal, tiene por finalidad no ampliar desmesuradamente los contornos de la casación penal, prescindiendo del conocimiento de las infracciones veniales.

³⁵ ATC 40/2018, de 13 de abril: “los requisitos de acceso a la casación establecidos en el Pleno de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016 no implican la vulneración de la tutela judicial efectiva invocada, ni de ningún otro derecho fundamental”.

³⁶ AATS de 25/5/2017 (recurso nº 189/2017), 29/6/2017 (recurso 1285/2017) o 14/9/2017 (recurso 1049/2017).

En ningún caso puede acceder a la casación una sentencia anulada, a diferencia de lo que sucedía en la normativa derogada con las sentencias de apelación de los procedimientos del jurado.

2.2.2. Autos

El punto más polémico de la reforma radica en la aparente antinomia entre la redacción de los arts. 846 ter y 848 LECrim.

Según el primero son recurribles en apelación los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. A tenor del segundo, podrán ser recurridos en casación los autos definitivos dictados en primera instancia por los mismos órganos cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada. El uso del adjetivo “definitivos” nada aporta, porque en ambos casos suponen la finalización del proceso.

En opinión de Escobar Jiménez se trata de un defecto técnico en el que incurre el art. 848 LECrim., *“porque esta clase de autos dictados en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya aparecen expresamente incluidos en el art. 846 ter.1 como susceptibles de recurso de apelación a resolver por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. La regulación que propone el art. 848 LECrim, en este concreto extremo, es de todo punto contradictoria con el indicado art. 846 ter.1 y, además, incompatible con el sistema establecido en general por la Ley 41/2015 pues, de otro modo, resultaría contradictorio que quepa el recurso de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y, sin embargo, no se establezca ese mismo recurso cuando se trata de los citados autos definitivos pronunciados por dichos Órganos jurisdiccionales también en primera instancia. Recuérdese que la resolución que se recurre es la que resuelve el recurso, no la originariamente impugnada. La única solución posible es tener la indicación legal «en primera instancia» del art. 848 como inoperante o inexistente. Es más, según el art. 846 ter.1 in fine, el recurso de apelación contra aquellos autos lo resuelve el Tribunal ad quem por sentencia por lo que, de utilizarse el recurso de casación, la vía normativa no es el art. 848 sino el art. 847 LECrim. Y, teniendo dicha indicación por no puesta, cobra todo su sentido el otro supuesto que contiene el art. 848 LECrim. que permite la casación contra los «los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales, o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada”.*

La opinión de este autor parece haber tomado carta de naturaleza si se examina una de las primeras sentencias dictadas por la Sala Segunda tras la reforma procesal, pronunciándose sobre el recurso procedente contra autos de sobreseimiento libre. En efecto, la STS 202/2018, de 25 de abril, tras el estudio de ambos preceptos concluye que según el art. 848 LECrim., es posible acudir a la casación:

a) Cuando la Audiencia dicta en primera instancia un auto de sobreseimiento libre (art. 636 LECrim) (o de archivo por falta de jurisdicción) en causa de la que viene conociendo. Puede hacerlo, tratándose de un procedimiento ordinario, en la fase intermedia cuando los hechos no son constitutivos de delito (art. 637.2) según se desprende del art. 645 LECrim. Esos autos no obstante habrán de ser recurridos primeramente en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Solo si son confirmados en esa sede accederán a la casación. Así se desprende del art. 846 ter antes transcrito.

b) Cuando la Audiencia al resolver una apelación adopta ex novo, estimando el recurso, una de esas decisiones (archivo por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre) o confirma, desestimando el recurso, el acuerdo de idéntico sentido que había adoptado el instructor. Esto puede suceder en procedimientos abreviados competencia tanto del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial.

Y añade: El auto de sobreseimiento libre se asimila a una sentencia absolutoria. Tiene eficacia de cosa juzgada. De ahí que se admita en ciertos supuestos la casación frente a ellos (art. 848 LECrim.). La simetría del sistema exigía que desde el momento en que se ha implantado la doble instancia también esos autos dictados por la Audiencia debieran ser sometidos primero al escrutinio del TSJ y solo después, en su caso, al del Tribunal Supremo mediante la casación: un régimen idéntico al que resultaría de haberse adoptado la decisión en la sentencia.

Otras conclusiones se extraen de la misma resolución:

- No son susceptibles de apelación los restantes autos y en particular aquellos dictados por las Audiencias resolviendo una previa apelación. En esos supuestos solo cabrá, en su caso, recurso de casación ex art. 848 LECrim.
- La tesis jurisprudencial anterior solo admitía la casación si el procedimiento por el fondo era competencia de la Audiencia Provincial con el argumento de que no tendría sentido que lo menos (un auto de sobreseimiento libre) pudiese ser recurrido en casación y se negase en cambio tal recurso para lo más, la sentencia recaída en el mismo asunto. Ese argumento ya no vale: también contra la sentencia cabrá recurso de casación aunque exclusivamente por la vía del art. 849.1º LECrim (error iuris): art. 847 LECrim.
- En la actualidad, por tanto, cabe también casación contra un auto de sobreseimiento libre recaído en un procedimiento abreviado competencia del Juzgado de lo Penal, y dictado por la Audiencia Provincial, sin necesidad de previa apelación. Se establece así un lógico paralelismo con el sistema de casación frente a sentencias del Juzgado de lo Penal: apelación ante la Audiencia Provincial y casación, a continuación, solo por infracción de ley ante el TS.

Tras la reforma procesal y en relación a otras resoluciones distintas a las ya mencionadas (sobreseimiento libre y falta de jurisdicción), cabrá casación directa en los siguientes supuestos:

- Autos del TSJ decretando la finalización del proceso por sobreseimiento libre o falta de jurisdicción, que no han sido incluidos por el legislador en las previsiones de los arts. 846 ter y 848
- Autos de acumulación de condena. Aunque algunos autores –Del Moral García y Escobar Jiménez–, estiman que la reforma debió introducir la previa apelación, la dicción legal del art. 988 LECrim., es imperativa, y la cuestión ha sido zanjada a raíz del acuerdo plenario de 27 de junio de 2018³⁷
- Autos de la Audiencia rehusando su competencia por la vía del art. 25 LECrim (Del Moral García).

Procederá recurso de apelación y, posterior casación en los siguientes supuestos:

- Autos que son complemento de la sentencia como los de fijación de la responsabilidad civil y los de revisión de los aspectos penales al amparo del art. 2.2 CP (Circular 1/2018 y Del Moral García). A estos añade la Circular los autos resolviendo sobre la condena condicional y sobre la expulsión sustitutiva que en principio deben adoptarse en sentencia.
- Autos de abono de prisión preventiva sufrida en la causa (Circular 1/2018 y Del Moral García).
- Autos resolviendo artículos de previo pronunciamiento (Circular 1/2018 y Escobar Jiménez), porque la reforma procesal que instaura la doble instancia hace que recobre su plena funcionalidad el contenido del art. 676 LECrim., reinterpretado por el acuerdo plenario ya citado.

³⁷ Pleno no jurisdiccional sobre fijación de criterios en casos de acumulación de condenas: “contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, solo cabe recurso de casación”.

3. Recurso de casación al amparo del nº 1º del art. 849 Lecr

Como recuerda la reciente STS 378/2018, 23.7, con cita de otros precedentes de mayor antigüedad (SSTS. 8.3.2006, 20.7.2005, 25.2.2003, 22.10.2002), el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECrim., es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, y correspondientemente su desestimación.

Sin embargo, es necesario poner el acento en los evidentes límites que en la actualidad presenta el recurso de casación cuando se pretende la revisión de una sentencia absolutoria o la modificación al alza de una condenatoria.

Para ello ha de atenderse, en primer lugar, a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado; y, en segundo lugar, al criterio del Tribunal Supremo que estima incompatible dicha audiencia personal con la naturaleza y regulación legal del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica (Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que *“La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley”*).

En los siguientes apartados me limitaré a resumir los principales pronunciamientos jurisprudenciales que ponen de relieve las evidentes limitaciones de este motivo, y en general del recurso de casación, para alterar fallos absolutorios, para terminar con otras cuestiones de interés en relación al motivo por infracción de ley.

3.1 Infracción de ley y sentencias absolutorias

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸ aprecia vulneración del Art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, “a contrario sensu”, que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia.

En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013, se establece que *“se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)”*, insistiendo en que *“si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría*

³⁸ Ver SSTEDH de 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani) 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España).

efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)”.

La doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Es decir, cuando la Sala Segunda se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico. Así, se ha pronunciado de forma reiterada el TS³⁹.

3.2. Infracción de ley y elemento subjetivo

El Tribunal Constitucional, en sentencias 88/2013 y 171/2016, de 17 de octubre, considera que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado (STC 126/2012, de 18 de junio). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, y 205/2013, de 5 de diciembre, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado⁴⁰.

Esta doctrina se había reiterado en las sentencias del TC 205/2013, de 5 de diciembre; 105/2014, de 23 de junio; 191/2014, de 17 de noviembre; y 105/2016, de 6 de junio.

Y resalta también de forma específica la STC 172/2016 que el TEDH ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o, en su caso, empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 CEDH, por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 20 marzo 2012, caso Francisco Contreras c. España; o 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España.

Doctrina que ha sido asumida por el TS –SSTS 892/2016 y 7/2018, 11.1– que considera que en la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

³⁹ SSTS 892/2016, 58/2017, 258/2018 o 506/2018, de 25.10.

⁴⁰ SSTEDH 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c España; o 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España, además de las ya citadas.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

No obstante, la reciente STC 37/2018, de 23 de abril, parece abrir un camino más flexible en la tortuosa senda de la revisión de sentencias absolutorias, señalando que: “no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de pruebas documentales (así, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), o de pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6)”.

3.3 Infracción de ley y error en la apreciación de la prueba

Una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 LECrim. en el sentido de mantener su capacidad de operar contra reo en materia penal. Particularmente significativa es la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal Europeo existió violación del artículo 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la muy reciente STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto Gómez Olmedo c. España).

En nuestra práctica judicial no se había cuestionado abiertamente la capacidad del art. 849.2º para mutar en condena una absolución hasta el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012. Se consagró entonces la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no sería compatible con la naturaleza de la casación. El camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional (STEDH de 20 de septiembre de 2016 asunto Hernández Rayo c. España), solo cabe implantarlo en apelación; pero no en la casación.

Con ese acuerdo la Sala Segunda indirectamente cercenó drásticamente la viabilidad del art. 849.2º LECrim. en perjuicio del reo. La doctrina del TEDH no deja ninguna otra puerta abierta. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos. Y si es así para los genuinos documentos lo es todavía mucho más para las periciales que solo a través de una generosa interpretación de esta Sala han sido asimiladas a estos efectos a los documentos. Se trata de doctrina consolidada del TS –SSTS 976/2013, 767/2016 y 7/2018, entre otras muchas–.

Tampoco es viable la revisión fáctica mediante el visionado de la videograbación del juicio oral. Así, señala la STS 641/2017, de 28 de septiembre que *“hay que rechazar tajantemente que la grabación pueda servir para una plena y nueva valoración de la prueba en casación. Eso que sería armonizable con la apelación –especialmente cuando se trata de revisar sentencias condenatorias–; no es congruente con el ámbito y las funciones que está llamado a desempeñar el recurso de casación. En la fiscalización de sentencias condenatorias puede ser usada la grabación solo para comprobar que no concurrió prueba de cargo suficiente para desmontar la presunción de inocencia; pero no para valorar directamente las pruebas de carácter personal usurpando una función que está atribuida en exclusiva al tribunal de instancia”*.

Sin embargo, no hay inconveniente para, a través del artículo 849.2 de la Ley procesal y siempre que se respeten todas las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en contra del reo si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal (STS 639/2017, 28.9).

Como ya comenté al tratar los requisitos de la preparación del recurso de casación la doctrina jurisprudencial ha abierto el camino a la utilización de la vía del error documental como presupuesto de la arbitrariedad en la valoración probatoria. Sin embargo, este camino no puede conducir a la modificación del relato de hechos probados en la búsqueda de una sentencia de condena, sino solamente a la absolución, resultado idéntico al que se obtendría por la vía de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.4 Infracción de ley e integración del factum

Solamente se permite la integración del hecho probado con elementos fácticos ubicados en la fundamentación jurídica de la sentencia cuando afectan a cuestiones favorables a las partes pasivas (STS 277/2018, 8.6) o cuando se trata de hechos probados que sustentan la acción civil acumulada a la penal, que no se precisa que se incluyan en el apartado específico reservado al factum, siendo suficiente con que resulten concretados, aunque fuere en la fundamentación (STS 263/2018, 31.5).

Fuera de estos supuestos, no se admite la integración del factum con presupuestos fácticos incluidos en la fundamentación jurídica en contra del reo, superándose así la añeja doctrina jurisprudencial que lo permitía.

Siempre quedará a salvo recurrir la sentencia por manifiesta arbitrariedad por el cauce del art. 852 LECrim.

3.5 Infracción de ley e infracciones procesales

La reciente sentencia del TS 480/2018, de 18 de octubre, considera que es posible utilizar el cauce del error iuris para cuestionar una norma procesal inserta en el CP con el siguiente argumentario: *Una primera aproximación a ese concepto nos sugiere que el artículo citado excluye las normas procesales, sin embargo, no han faltado opiniones que desde la literalidad de la norma entienden que al utilizar la expresión “del mismo carácter” se está refiriendo a normas penales, tanto sustantivas como procesales. Sobre esta cuestión se pronunció indirectamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 21/1994, de 27 de enero. En esa resolución se estimó un recurso de amparo contra un auto del Tribunal Supremo que inadmitió un recurso de casación bajo la argumentación de que la norma cuestionada era de carácter procesal y no sustantivo. Por su parte, el Tribunal Supremo en su STS 45/2011, de 11 de febrero, después de hacer*

referencia a una línea jurisprudencial restrictiva afirma que “las normas procesales, ya las que regulan la tramitación de un procedimiento, ya las que se refieren a una prueba y la otorga su disciplina de garantía, configuran el derecho fundamental al proceso debido y la regularidad de la obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ” y ese tipo de normas constituyen precepto penal sustantivo que posibilita la impugnación por error de derecho”.

3.6 Infracción de ley y alternativas fácticas

La doctrina jurisprudencial entiende que ante una alternativa fáctica consentida por los hechos probados hay que operar conforme a lo que se ha conocido como determinación optativa del hecho y decantarse por mandato del principio in dubio por la hipótesis más beneficiosa en concreto (SSTS 427/2014, 29.5 ó 408/2015, 8.7).

Error en la valoración de la prueba y arbitrariedad como motivos del recurso de casación: su invocación por el Ministerio Fiscal

Autor: Rafael Escobar Jiménez
Fiscal del Tribunal Supremo

Resumen

Como parte integrante del recorrido del recurso de casación que se acomete en el presente número de la Revista del Ministerio Fiscal, se trata de examinar en este trabajo, por un lado, qué posibilidades restan al Fiscal respecto de la utilización del motivo por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos (art. 849.2º LECrim.) dado el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Sala II del Tribunal Supremo y de la normativa procesal tras la reforma de la Ley 41/2015 y, por otro, el motivo por infracción de derechos fundamentales (art. 852 LECrim.) exclusivamente referido al Fiscal cuando pretenda actuar contra la arbitrariedad del Tribunal.

Sumario

Planteamiento. 1. Referencia genérica a las sentencias recurribles en casación y motivos invocables. 2. El motivo del art. 849.2º LECrim. 2.1. Preparación del recurso por la vía del art. 849.2º LECrim. 2.2. Exigencias para la utilización del motivo del art. 849.2º LECrim. 2.3. Invocación del Motivo del art. 849.2º LECrim. por el Ministerio Fiscal: su inviabilidad práctica. 2.4. Supuesto excepcional de utilización del Motivo del art. 849.2º LECrim. por el Ministerio Fiscal. 3. El Motivo por infracción de derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva como freno a la arbitrariedad del Tribunal o a la indebida declaración de nulidad de una prueba. 3.1. Arbitrariedad en el proceder del Tribunal. 3.2. Cuestión sobre la posibilidad de utilización conjunta de los motivos que denuncian arbitrariedad (art. 852 LECrim.) y error en la valoración de la prueba basado en documentos (art. 849.2º LECrim.). 3.3. Supuestos en los que el Tribunal acuerda declarar nula una prueba y, por tanto, no valorarla dictando sentencia absolutoria por inexistencia de prueba de cargo.

Planteamiento. Los límites con los que opera la Revista del Ministerio Fiscal impiden acometer un exhaustivo análisis de la vasta extensión que ofrecen, como motivos del recurso de casación, los artículos 852 y 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sea por vulneración de derechos fundamentales o, como infracción de Ley, por error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en autos. Por ello, es preferible centrarse, dada la publicación que lo contendrá y el estado actual de la jurisprudencia de la Sala II, en la invocación de dichos motivos, cuando proceda, por el Ministerio Fiscal con la pretenciosa idea de servir de útil herramienta para detectar, desde la instancia, semejantes defectos relevantes y, en consecuencia, anunciar la interposición del recurso de casación con base en los mismos.

1. Referencia genérica a las sentencias recurribles en casación y motivos invocables

Se decía en otro lugar¹ que no parece que la reforma operada por la Ley 41/2015 haya modificado el esquema básico de la casación penal. Tan solo lo ha acomodado tras generalizar, como

¹ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., en *Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la ley 41/2015, de 5 de octubre*, publicado en Revista del Ministerio Fiscal, nº 2. Por su parte, para DEL MORAL GARCÍA, A., “La casación se modifica también en la reforma, pero no como secuela de esa novedosa apelación, sino exclusivamente para permitir que el Tribunal Supremo conozca de todos los temas de Derecho penal sustantivo. Se abren las puertas de la casación (más bien, entrebren: sólo se admitirá por infracción del Ley del art. 849.1º) a las sentencias dictadas en procesos por delitos menos graves”, respuesta a la Encuesta Jurídica en la revista Sepín, Práctica Penal, 4º trimestre-2015, nº 81, pág. 11.

alardea su Preámbulo, la doble instancia en el proceso penal² y, a su vez, ampliar las resoluciones judiciales susceptibles de recurso con restricción, respecto de algunas, del empleo de los motivos a invocar. Por tanto, el recurso de casación continúa siendo un medio extraordinario de impugnación que únicamente podrá canalizarse por los motivos expresamente previstos en la Ley. Eso sí, salvo algunas excepciones, su utilización requiere ahora, como se detalla posteriormente, un paso previo e ineludible en la instancia cual es la interposición del recurso de apelación, igualmente advertido en la Circular FGE 1/2018, *sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal*.

Cuestión distinta, como se encargan de estudiar otros trabajos del presente número de la Revista, es que el nuevo panorama impugnativo, en lo que a la inclusión del recurso de apelación se refiere, va a incidir en los motivos susceptibles de emplearse en el recurso de casación y, respecto de algunos, en la forma de ser examinados por la Sala II.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente autoriza el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional (art. 852), infracción de ley y quebrantamiento de forma (arts. 849 a 851) contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 847.1.a)³. Por el contrario, si se trata de sentencias pronunciadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, solo cabrá hacer uso del motivo por infracción de ley previsto en el número 1.º (art. 847.1.b). Además, la recurribilidad de las sentencias dictadas en apelación adolecen de una excepción de carácter excluyente: no cabrá recurso de casación contra las sentencias que no son definitivas, esto es, las dictadas en apelación que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia (art. 847.2). Como puede observarse, dependiendo del supuesto de procedencia de la sentencia, cabrá utilizar todos los motivos previstos para el recurso de casación (arts. 849 a 852) o exclusivamente uno de ellos (art. 849.1º).

Del mismo modo debe apuntarse que, en términos generales, la instauración del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias o Sala de lo Penal de la AN ha incidido en la dinámica del recurso de casación en varios sentidos: 1º) Los motivos a invocar en el recurso de casación son los indicados en el art. 847.1 LECrim. (por infracción de ley y quebrantamiento de forma), -igualmente, la vía del art. 852 LECrim. mejor que la indicación del art. 5.4 LOPJ-, si bien, con la exigencia de haberlos introducido previamente en el recurso de apelación; de lo contrario, su invocación por primera vez en sede casacional debiera entenderse como cuestión nueva e incurrir en causa de inadmisión o, en su caso, de desestimación. La Sala II mantiene al respecto este criterio que es similar al expresado al resolver el recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores resolutorias del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado (véanse SSTs números 438/2012, de 16-5 y 497/2016, de 9-6, entre otras muchas). La STS nº 476/2017, de 26-6, pronunciándose ya sobre la nueva normativa, puntualiza: «... En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte». 2º) Por otro lado, la implantación del recurso de apelación

² En el trabajo mencionado en la nota anterior, *Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la ley 41/2015...*, se ofrecen las razones que permiten afirmar que dicha *generalización* no es completa.

³ DEL MORAL GARCÍA, A., en su trabajo *La reforma del recurso de casación en 2015*, publicado en *Actualidad Penal* 2017, ed. Tirant lo Blanch, pág. 119, aporta como reflexión, tildada por el propio autor de un tanto revolucionaria, con la que coincido, la conveniencia de expulsar de la casación las infracciones procesales aunque tuvieran alcance constitucional así como la presunción de inocencia, ventilados en la obligada apelación y, en su caso, a través del recurso de amparo que cabría simultanear con el recurso de casación por infracción de Ley.

contra las sentencias de las Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha variado el modo en el que Sala II afronta la resolución de las cuestiones relativas a la valoración de la prueba y presunción de inocencia. En efecto, hasta ahora, la Sala II suplía, en cierta medida, la carencia de un recurso de apelación y aunque proclamaba su función de control sobre la prueba, lo cierto es que en muchas ocasiones se adentraba en valoraciones probatorias alcanzando resultados diferentes a los plasmados por las Salas de enjuiciamiento. Operaba así como Tribunal de apelación más que como Sala casacional. Sin embargo, con la nueva normativa esta labor es ahora desempeñada por los Tribunales Superiores, o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, al resolver el recurso de apelación, por lo que la Sala II limita su actuación al ámbito que le es propio: control de la existencia de prueba de cargo razonada y expuesta de manera motivada en lugar de examen y análisis como tercera instancia, que legalmente no existe ni es modelo sostenible conforme a una interpretación racional de la reforma⁴. La mencionada STS nº 476/2017, de 26-6, lo entiende así viniendo a señalar que tal proceder no es novedoso pues se sigue al resolver el recurso de casación frente a las sentencias de los Tribunales Superiores resolutorias del recurso de apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado (cita las SSTS números 236/2017, de 5-4; 882/2016, de 23-11 y 308/2017, de 28-4), añadiendo: «... respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba».

2. El motivo del art. 849.2º LECrim

La Ley de Enjuiciamiento Criminal continúa manteniendo este tradicional motivo del recurso de casación en sus aparentemente extensos pero, a la vez, rigurosos términos a pesar de que, como se expondrá más adelante, ha dejado de tener virtualidad para la acusación cuando persiga una modificación de hechos bien que torne en delictivos los que en sentencia de instancia se narraron como atípicos bien que agraven los fijados inicialmente como punibles⁵. Semejante poda procesal en sede casacional, que ya venía forjada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Sala II del Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2015, se hace más patente todavía con la renovada normativa pues, a excepción de las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, contra las que únicamente cabe recurso de casación, las sentencias que tendrán acceso a la Sala II son las dictadas por dichos Tribunales Superiores al resolver el recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de las Audiencias Provinciales y, en consecuencia, la cuestión fáctica estará normalmente muy asentada y cribada por el imperio de las disposiciones previstas en el párrafo 3º del art. 790.2 y apartado 2 del art. 792 LECrim.

El art. 849.2º LECrim. enuncia el motivo como infracción de Ley: «Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios».

A continuación, por ser trámite obligado, se incluyen unas breves notas sobre las exigencias que acompañan la utilización de este motivo del recurso de casación para finalizar exponiendo el tratamiento actual que, para la acusación, dispensa la Sala II del Tribunal Supremo.

2.1. Preparación del recurso por la vía del art. 849.2º LECrim

Dado que en otro trabajo se trata la preparación del recurso de casación, me limitaré a reseñar la exigencia que contiene el párrafo 2º del art 855 LECrim. que es de necesario cumplimiento:

⁴ No se escapa al autor del presente trabajo que tras la expuesta afirmación se genera todo un extenso debate acerca del modelo de actuación de la Sala II en este punto tras la implantación del recurso de apelación.

⁵ La expuesta proclamación general tiene como excepción, tratada posteriormente, que el motivo persiga la modificación de hechos que pueden repercutir, exclusivamente, en el pronunciamiento civil.

«Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el número 2.º del artículo 849, deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestre el error en la apreciación de la prueba».

A la Circular 1/1980 sobre “la preparación de los recursos de casación en materia penal”, cuyas prácticas directrices conservan vigencia en el momento actual, le siguió la Instrucción FGE 1/1985, de 28-10, de similar título, que matizaba: «En el supuesto de preparación de recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 2.º del art. 849 LECrim., deberán indicarse correcta y claramente –sin razonamiento alguno– los particulares del documento que muestren el error de hecho de la resolución que se impugna (art. 855, párrafo 2.º de la Ley mencionada). Además, y a efectos del más completo conocimiento y estudio por la Fiscalía del Tribunal Supremo de la cuestión planteada, a fin de decidir la interposición o no del recurso, deberán remitir los señores Fiscales, juntamente con su informe y los demás antecedentes usuales, copia del documento en el que se contengan los particulares a que el recurso preparado se refiere, sin cuyo conocimiento, ni se puede valorar adecuadamente la trascendencia del mismo, ni es posible, muchas veces, argumentar el escrito de formalización del recurso, por carecer de datos para ello».

En rigor, la requerida designación en el escrito de preparación por el art. 855, párrafo 2º, no se satisface únicamente con la indicación del documento en el que se pretende basar el recurso de casación. Es preciso concretar qué particular, extremo o declaración de ese documento muestra el error padecido por el Tribunal sentenciador en el sentido exigido por el art. 849.2º LECrim.

Al socaire de estas líneas, conviene apuntar igualmente que la flexibilidad que, en orden a las prevenciones normativas establecidas para los escritos de preparación (SSTS números 2018/2001, de 3-4-2002 y 591/2011, de 14-6)⁶ e interposición del recurso de casación (SSTS números 1068/2012, de 13-11 y 377/2016, de 3-5), dispensa la Sala II cuando se trata de partes pasivas del proceso penal, no es reconocida del mismo modo para el Ministerio Fiscal por lo que la no designación de los particulares indicados impedirá al Fiscal del Tribunal Supremo basar en el art. 849.2ª LECrim. su escrito de interposición del recurso de casación. Por consiguiente, la labor del Fiscal de la instancia es fundamental en este sentido, máxime, a la vista de los requisitos que la Sala II proclama para utilizar este cauce casacional que también habrán de ser tenidos en cuenta por aquél.

2.2. Exigencias para la utilización del motivo del art. 849.2ª LECrim

Antes de su enumeración, debe hacerse una precisión previa. Como reiteradamente ha advertido la Sala II (STS nº 111/2010, de 24-2, y las en ella citadas), este motivo únicamente puede combatir los errores fácticos, esto es, los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados sea por incluir en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, sea por omitir otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o sea por describir sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. Además, el error ha de ser grave y con relevancia causal respecto del fallo pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar y, ello, porque el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo. En consecuencia, quedan extramuros del motivo los errores jurídicos que se entiendan cometidos en la interpretación de los hechos

⁶ Señala la STS 2018/2001, de 3-4-2002, citada por la nº 59/2011, de 14-6: «<<A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo –art. 855 LECrim.– esta Sala ha flexibilizado el formalismo, permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso –SSTS nº 603/98, de 4-5, 896/98, de 23-5 y 161/2002, de 4-2–, por no existir indefensión para la otra parte, y porque la inadmisión del motivo por no haber hecho la designación en el escrito de anuncio, respondería a un formalismo que agota en sí mismo toda su exigencia, al no venir anudado a la tutela de otras partes en el recurso, ni en concreto a la parte contraria porque es el escrito de formalización y no el de anuncio en donde el recurrente expone su posición y del que se da traslado a la parte contraria para su contestación, y sin embargo, el mantenimiento a ultranza de tal requisito en la designación sí que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva del propio recurrente en el concreto aspecto de derecho a los recursos. En tal sentido puede citarse la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio *pro actione* en relación al acceso a los recursos, que tiene declarada la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo o su formalismo excesivo revelan una desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican SSTC 150/97, 184/97, 38/98 y 236/98, entre otras->>».

o, si se quiere, en los pronunciamientos de orden jurídico que, por otra parte, son materia propia del motivo por *error iuris* contemplado en el art. 849.1º LECrim.

Por otro lado, este motivo casacional no ampara cualquier error en la valoración de la prueba. El error está ceñido por el precepto legal al que pueda evidenciar o poner de manifiesto un documento. Recordó la STS nº 589/2011, de 14-6 (con cita de la nº 42/2009, de 30-1) que, «... la previsión del artículo 849.2º LECrim. tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio (...) Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (...) La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental –y solo ésta– estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador (STS 314/2007, de 25 de abril)».

Y dicho documento no es cualquier soporte sino, exclusivamente, el considerado como tal a los efectos del art. 849.2ª LECrim., conocido como documento casacional, cuyo concepto, perfilado por la jurisprudencia, se muestra muy restringido pues, aunque parte de un enunciado general («una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante» –entre otras, SSTS nº 589/2011, de 14-6 y 184/2017, de 23-3–, o «aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma» –STS nº 121/2016, de 22-2, que cita la de fecha 10-11-1999–), le son anudadas una serie de exigencias que permiten afirmar una configuración propia. Por consiguiente, no ha de confundirse el documento que constituye o se propone como prueba documental y el que se tiene por documento casacional. Sólo este último permite basar un recurso de casación al amparo del artículo 849.2º LECrim. Y aunque, en muchas ocasiones, puedan coincidir ambas calidades en determinado soporte, en otras, lo que es tenido como prueba documental en el juicio oral puede no alcanzar la consideración de documento casacional.

Atendida su *ratio*, este motivo tiene vedada su utilización en supuestos en los que aun tratándose de resoluciones contra las que cabe casación no se ha producido en rigor una valoración de la prueba. Son ejemplo de ello los autos de sobreseimiento libre del nº 2 del art. 637 LECrim. respecto de los que la STS nº 665/2013, de 23-7, entendió que no cabe utilizar la vía del art. 849.2º: «... a) No puede hablarse en rigor de error en la valoración de la prueba en la medida en que solo impropia mente se habla de “prueba” antes de que comience el juicio oral, único escenario apto en principio, con las lógicas excepciones, para desplegar actividad probatoria en sentido estricto. El art. 849.2º LECrim sólo cohonesta bien con una resolución dictada tras el juicio oral. Exige como presupuesto unos hechos probados, surgidos del juicio oral, en los que plasmará la valoración fáctica que se combate enarbolando prueba documental. b) Precisamente por ello del art. 848 LECrim se deduce con claridad que para admitir el recurso de casación contra un auto de sobreseimiento es necesario que sea libre por no ser los hechos constitutivos de delito, es decir, que estemos ante el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2º LECrim, lo que automáticamente nos conduce a un único motivo de casación factible: el art. 849.1º LECrim...».

Y, del mismo modo, los autos de acumulación de condena (art. 988 LECrim.) respecto de los que precisa la STS nº 490/2018, de 23-10, que «un motivo por error *facti* no es compatible con este incidente en el que no se desarrolla propia actividad de valoración de prueba, sino únicamente consignación de datos fehacientes que se obtienen con la consulta de documentos. Si se detecta un error será siempre material y no fruto de una errónea valoración probatoria. Podrá corregirse en ciertas condiciones pero sin necesidad de articular un motivo vía art. 849.2º (en su caso, acudiendo al art. 899 LECrim) (STS 385/2016, de 5 de mayo)».

Los requisitos que de modo reiterado y pacífico viene exigiendo la jurisprudencia de la Sala II del TS para la estimación de un motivo basado en el art. 849.2º LECrim. (por todas, las nº 121/2016, de 22-2 y 59/2016, de 4-2), son los siguientes:

- 1º. El error ha de evidenciarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase. Seguidamente se incluye una breve reseña de algunos pronunciamientos de la Sala II reputando o no documento casacional al designado por el recurrente. Así, no son documentos las declaraciones de acusados y testigos por tratarse de pruebas personales documentadas, diligencia de reconocimiento en rueda, atestado, comparecencias de agentes de policía, acta del juicio oral o soporte donde quedó grabado (a todo ello se refiere la STS nº 121/2016, de 22-2, con cita de anteriores), al igual que sucede con la pericial aunque ésta tiene excepciones (STS nº 59/2016, de 4-2)⁷, manifestaciones contenidas en acta notarial (SSTS 9-10-1989; 20-3-2007) actas de registros domiciliarios (SSTS nº 121/2016, de 22-2 y nº 1085/2006, de 27-10), transcripciones de las grabaciones de intervenciones telefónicas (SSTS nº 503/2008, de 17-7 y nº 589/2011, de 14-6), fotografías (SSTS nº 766/2008, de 27-11 y nº 121/2016, de 22-2)⁸, resoluciones judiciales y sentencias dictadas en otro procedimiento (252/2018, de 24-5)⁹, escrito de acusación o conclusiones (252/2018, de 24-5), entre otros muchos supuestos.
- 2º Que el documento sea, por sí mismo, demostrativo del error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni tener que recurrir a razonamientos, argumentaciones, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de la Sala II define como literosuficiencia.
- 3º Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4º Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

⁷ Reitera esta Sentencia con cita de la nº 370/2010, de 29-4, que <<solo excepcionalmente se ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como los siguientes: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 182/2000, 8-2; 1224/2000, 8-7; 1572/2000, 17-10; 1729/2003, 24-12; 299/2004, 4-3 y 417/2004, 29-3, entre otras) (...). La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone, además, de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación>>. En esta línea aclaró la STS nº 427/2010, de 26-4, que <<los peritos acudieron al juicio oral y su pericia ha sido objeto de valoración, desde el contexto de su emisión en la inmediación del Tribunal de instancia. De ahí que haya perdido la condición de equiparable a lo estrictamente documental>>.

⁸ Sin embargo, la STS 15-4-2010, con cita de la STS nº 1456/2002, de 13-9, considera la grabación de vídeo como documento casacional, aunque no sea posible considerar que el documento videográfico pueda ser tenido como documento acreditativo de un error pues, en el presente caso, el documento requiere de otros medios de prueba o de una interpretación para conformar el hecho probado que pretende la acusación.

⁹ Reiteradamente la Sala II ha negado a las sentencias de otros órdenes jurisdiccionales el carácter para vincular a la jurisdicción penal (SS. 4 y 18-11-1985; 31-11-1989 y 10-9-1992) y, en general, incluso a las sentencias de la propia jurisdicción penal (SS. 16-10-1991 y 10-2-1992).

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental concretamente designada ni en su conjunto con el resto del material probatorio, ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Con abundante cita jurisprudencial, recuerda la STS nº 121/2016, de 22-2, que a los anteriores presupuestos ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara (...) también en el escrito de formalización del recurso y, en todo caso, es obligación del recurrente, además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de la Sala de Casación ‘adivinar’ o buscar tales extremos, como un zahorí.

2.3. Invocación del Motivo del art. 849.2º LECrim. por el Ministerio Fiscal: su inviabilidad práctica

Salvo alguna excepción que posteriormente se indicará, el cauce casacional del art. 849.2º LECrim., admitido en el vigente art. 847.1.a) LECrim., está abocado a un seguro e inexorable fracaso procesal si es utilizado por el Fiscal o por alguna de las acusaciones personadas. Ya con anterioridad a la reforma de la Ley 41/2015, la Sala II venía proclamando, sin cesuras y rotundamente, la imposibilidad de su estimación cuando se empleaba por la acusación para pretender una modificación del hecho declarado probado que condujera a la revocación de la sentencia absolutoria o a la agravación de la condenatoria pronunciada en la instancia, incluso, tratándose de elementos internos¹⁰. Plasmaba así en sus resoluciones el muy discutible sentir del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹ y del Tribunal Constitucional¹² que, aunque referido al recurso de apelación, fue proyectado sin dificultad al recurso de casación. La Sala de lo Penal, en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19-12-2012¹³, advirtió sobre la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. De esta manera, esbozaba los contornos que iban a inspirar la respuesta jurisdiccional en este punto aunque sorprendiera el rebuscado pretexto de la ausencia de trámite, cuando lo cierto es que la vista del recurso de casación podía propiciarlo, máxime, siendo conocidos en el foro plurales supuestos en los que se ha habilitado un trámite no previsto en la Ley. En cualquier caso, la STS nº 976/2013, de 30-12, por ejemplo, (puede verse también la STS nº 400/2013, de 16-5) reflejaba el criterio a seguir: «El examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim, tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la

¹⁰ Véanse, por ejemplo, respecto de los mismos, las SSTS nº 400/2013, de 16-5 y 70/2014, de 3-2, o la del Pleno del TC nº 88/2013, de 11-4.

¹¹ La primera resolución que abordó esta materia fue el caso Ekbatani contra Suecia (STEDH de 26-51988). Posteriormente, con fecha 29-10-1991 fueron pronunciadas tres sentencias (caso Helmers contra Suecia, caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia) y, tiempo después, quedó reafirmada definitivamente la indicada doctrina en SSTEDH de 8-2-2000 (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino); 27-6-2000 (caso Constantinescu contra Rumania); 25-7-2000 (caso Tierce y otros contra San Marino) y 16-11-2010 (caso García Hernández contra España).

¹² Véanse las SSTC números 167/2002, de 18-9; 21/2009, de 26-1; 24/2009, de 26-1, o los números 80/2013; 120/2013 y 191/2014, de 17-11, entre otras muchas.

¹³ Dice textualmente el Acuerdo del Pleno de 19-12-2012: “La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley”.

causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio (...) Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. SSTC 201/2012, 12-11; 21/2009, de 20-4 y 29/2008, de 20-2, entre otras). Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional (...) En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim (...) Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim, esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales -aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio».

La expuesta doctrina jurisprudencial se mantiene en la actualidad (SSTS nº 767/2016, de 14-10; 58/2017, de 7-2 y 252/2018, de 24-5, entre otras muchas) que, incluso, es remachada con otro cierre de gran calado para el recurrente sobrevenido con la reforma: al insalvable escollo procesal de corte jurisprudencial, ha de añadirse el que incorpora la Ley 41/2015 cuando se pretende recurrir en casación conforme al art. 847.1.a) LECrim. En efecto, a excepción de los supuestos de *error iuris*, el vigente art. 792.2 LECrim. cercena cualquier posibilidad de condena en apelación del encausado absuelto en primera instancia o de agravar la sentencia condenatoria que le hubiera recaído. Si a ello se adiciona la prohibición de plantear en casación cuestiones no debatidas en la apelación (véase, entre otras, STS nº 476/2017, de 26-6), queda prácticamente descartada la utilización de la vía del art. 849.2º LECrim. contra sentencias dictadas en apelación por el Tribunal Superior que persiga, a la postre, revocar una sentencia absolutoria o agravar la condenatoria.

Por consiguiente, ha de insistirse, la compuerta casacional que suponía el tradicional motivo que postula el error en la valoración de la prueba basado en documentos está cerrada para el Ministerio Fiscal (o cualquier acusación) cuando la pretensión impugnatoria persiga la revocación de una sentencia absolutoria o la agravación de una condenatoria. La única posibilidad de utilización de la vía del art. 849.2º LECrim. para el Fiscal se expone en el apartado siguiente. Posteriormente, al tratar la arbitrariedad en la valoración de la prueba como motivo del recurso de casación, será examinada la propuesta de combinar los arts. 849.2º y 852 LECrim. que, al autor del presente trabajo, no se le antoja necesaria pareciéndole, incluso, normativamente contradictoria.

2.4. Supuesto excepcional de utilización del Motivo del art. 849.2º LECrim. por el Ministerio Fiscal

No obstante, existe una posibilidad de utilización del art. 849.2º LECrim. que no vulnera la doctrina anteriormente expuesta. Reside en la pretensión que persiga la modificación de hechos probados que afecte únicamente a la esfera de la responsabilidad civil. Naturalmente, al margen de los procedimientos que se rijan por la Ley procesal anterior a la reforma de la Ley 41/2015, en los cuales la sentencia de las audiencias provinciales son directamente recurribles en casación, el marco procesal en el que se desenvolverá el mencionado supuesto es ciertamente complicado pues no se olvide (obviando las previsiones para aforados) que la sentencia a atacar será la dictada en apelación por el Tribunal Superior siendo preciso, por tanto, que en el recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia también se hubiera postulado o que aquel error de valoración sea cometido directamente por el propio Tribunal Superior al resolver la apelación.

Sea como fuere, lo cierto es que la Sala II apuntó la referida posibilidad procesal en la STS nº 184/2017, de 23-3, y, con mayor amplitud expositiva, la STS nº 639/2017, de 28-9, confirma su viabilidad: «A partir de la jurisprudencia constitucional, tributaria de la del Tribunal de Estrasburgo, sobre la imposibilidad de modificar los hechos probados contra reo en vía de recurso si el órgano *ad quem* no percibe por sí directamente la prueba que se quiere hacer valer (lo que sería exigencia tanto del principio de inmediación, como en alguna medida también del derecho de defensa), la operatividad del art. 849.2 para ser blandido en casación por las acusaciones ha quedado muy mermada. Ni consiente la casación una audiencia directa de los acusados; ni existe habilitación legal para la reproducción de pruebas. La conclusión, ya afirmada en varias ocasiones por la jurisprudencia, es que una sentencia absolutoria no podrá ser convertida en condenatoria en casación (ni una condenatoria agravada) por razones probatorias (art. 849.2 LECrim). A lo más, podría llegarse a la anulación de la sentencia basada en la arbitrariedad de la valoración de la prueba. Podríamos en una primera aproximación entender que nos hallamos ante tal supuesto: la acusación invoca el art. 849.2 para lograr una mutación del hecho probado que empeora la situación de los acusados. Sin embargo hay un matiz importante que nos permitirá sortear esta objeción que de hecho es sugerida como tal óbice en el informe del Fiscal. La modificación del hecho probado tiene repercusión básicamente en los aspectos civiles de la condena. Al moverse en una dimensión estrictamente civil, sin trascendencia alguna en el plano sustantivo de derecho penal, no rige esa rigurosa doctrina. Ya se ha realizado tal afirmación en alguna jurisprudencia reciente (STS 184/2017, de 23-3). Los aspectos puramente civiles de la sentencia quedan al margen de esa consolidada y conocida jurisprudencia nacional y supranacional. Saltan a la vista las razones de ello en cuanto se profundiza en los fundamentos de esas limitaciones. Baste recordar ahora que la acción civil dimanante de delito no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal: es materia civil. No tendría sentido que si fuese reservada por el titular para un procedimiento civil ulterior los condicionantes de un eventual recurso se rigiesen por principios estructurales opuestos o, al menos, divergentes en puntos esenciales. La distinta vía procesal no altera la naturaleza de la pretensión. Por tanto, no hay inconveniente para, a través del art. 849.2 de la Ley procesal y siempre que se respeten todas las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en contra del reo si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal».

3. El Motivo por infracción de derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva como freno a la arbitrariedad del Tribunal o a la indebida declaración de nulidad de una prueba

El tenor del art. 852 LECrim proporciona el cauce para postular en casación (art. 847.1.a LECrim.) la infracción de derechos fundamentales. Sin embargo, como ya se anunció, el presente trabajo pretende centrarse en las posibilidades procesales que la legislación vigente ha dejado al Fiscal cuando en la indicada sede pretende atacar por aquella vía una sentencia absolutoria dictada en apelación o, incluso, una condenatoria a los efectos de lograr su agravación.

Al margen del motivo por error de derecho o de subsunción, objeto de estudio en otros trabajos, el escenario procesal para operar con los motivos que se están tratando es netamente fáctico. Y, con independencia de los supuestos de denegación probatoria, propios de un quebrantamiento de forma tratados igualmente en otro trabajo que incluye este número de la Revista, los modos de lograr en casación que lo actuado en la instancia sea nuevamente revisado en ella se obtienen postulando ante la Sala II la indebida declaración de nulidad de una o varias pruebas de cargo tan trascendentes que ha conducido a la absolución o reclamando el reconocimiento del proceder arbitrario del Tribunal al valorar la prueba.

Debe reiterarse, en los procedimientos regidos por la normativa procesal implantada con la Ley 41/2015, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, la exigencia de haber introducido previamente semejantes infracciones procesales en el recurso de apelación; de lo contrario, su invocación por primera vez en sede casacional da pie a entenderla como cuestión nueva o planteamiento *per saltum* e incurrir en causa de inadmisión o, en su caso, de desestimación (véase, además de la STS nº 476/2017, de 26-6, ya indicada, la nº 270/2018, de 5-6). Matiza esta última Sentencia que los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). Del mismo modo, puede suceder que la infracción aparezca *ex novo* en la sentencia del Tribunal de apelación (TSJ o Sala de apelación de la AN).

Por el contrario, en los procedimientos ordinario y abreviado regidos por la normativa anterior a la Ley 41/2015, la sentencia de la Audiencia Provincial o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional podrá ser recurrida directamente en casación.

3.1. Arbitrariedad en el proceder del Tribunal

El motivo se invoca al amparo del art. 852 LECrim¹⁴ por vulneración de precepto constitucional, en concreto, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en relación con los arts. 9.3 y 120.3 CE en su vertiente del derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

Aunque es conocido, no sobra apuntar que el Fiscal está legitimado para invocar la vulneración de derechos constitucionales y, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva. Baste indicar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II de fecha 27-2-1998 que reconoce al Ministerio Fiscal legitimación para invocar en casación la vulneración de derechos constitucionales que le corresponden como parte. El mencionado Acuerdo ha tenido reflejo en numerosas sentencias, por ejemplo, las de fecha 22-1-1998; 8-3-2000; y las números 2012/2000, de 26-12; 453/2003, de 2-9; 501/2006, de 5-5; 619/2006, de 5-6; 1275/2006, de 28-11; 872/2008, de 27-11; 1344/2009, de 16-12; 631/2014, de 29-9; 263/2015, de 4-5; 417/2018, de 24-9, entre otras muchas. En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional (STC nº 86/1985, de 10-7) si bien, en referencia al recurso de amparo, cuando señaló: «...esa legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un *ius agendi* reconocido en ese órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la Norma Fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos...».

Del igual modo conviene recordar, como pilar de este motivo del recurso de casación, que el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC números 50/2014, de 7-4 y 29/2016, de 29-1), comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente

¹⁴ También puede citarse el art. 5.4 LOPJ aunque, como matiza la STS nº 1043/2012, de 21-11, es más correcto reseñar el art. 852 LECrim.

deducidas en el proceso. Ello supone, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC números 58/1997, de 18-3 y 25/2000, de 31-1). En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25-9 y 64/2010, de 18-10) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (STC nº 146/2005, de 6-6). Esta exigencia es también predicable de las sentencias absolutorias, conforme argumentó la STC nº 169/2004, de 6-10: «Ciertamente la motivación de las sentencias es exigible ex art. 120.3 CE “siempre”, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC números 62/1996, de 15-4; 34/1997, de 25-2; 157/1997, de 13-7; 200/1997, de 24-11; 116/1998, de 2-6; 2/1999, de 25-1; 147/1997, de 4-8; 109/2000, de 5-5). Por el contrario las sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE, es requerida “siempre”. No cabe por ello entender que una sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad». (Doctrina reiterada en la STC nº 115/2006, de 24-4 y, por todas, la STS nº 417/2018, de 24-9).

Consecuentemente, la jurisprudencia de la Sala Segunda ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtenga respuesta alguna del Tribunal de instancia, o bien, la misma sea arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1, 9.3 y 120.3 CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS nº 178/2011, de 23-2 y 417/2018, de 24-9)¹⁵.

Llegados a este punto, siendo evidentes las hipótesis de ausencia de motivación, se impone delimitar los contornos de la arbitrariedad del Tribunal referida a la valoración de la prueba. Para ello es imprescindible tener en cuenta dos asertos fundamentales: uno, que la arbitrariedad en modo alguno se identifica con una particular discrepancia sobre la valoración de las pruebas efectuada por el Tribunal aunque aquélla resulte muy defendible, incluso, más correcta que la plasmada en la sentencia; otro, que normalmente se tratará de combatir una sentencia absolutoria (también cabe perseguir la obtención de una agravación de la condenatoria pronunciada en la instancia), lo que significa, como proclama la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, que el canon de motivación no es acreedor de la misma exigencia que la requerida respecto de las sentencias condenatorias.

Para identificar la arbitrariedad, la STS nº 1043/2012, de 21-11, ofrece interesantes referentes al apuntar «cuando el apartamiento de lo defendible desborde lo ‘razonable’ o lo ‘defendible’ desde el punto de vista del ordenamiento jurídico (...) que la irrazonabilidad suponga no solo un quebranto de la legalidad o de máximas de experiencia o aplicación de discutibles criterios

¹⁵ Por tanto, como recuerda la STS nº 417/2018, de 24-9, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir, para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la valoración apodíctica, carente de explicación motivada, entre otras concreciones.

de valoración (...) solo cuando una sentencia absolutoria sea arbitraria, incurra en un error patente, carezca de motivación, introduzca una motivación extravagante o irracional o realice una aplicación de la presunción de inocencia absolutamente al margen de sus contornos racionales, podrá anularse por la fuerza del derecho a la tutela judicial efectiva». En términos similares se expresa la STS nº 252/2018, de 24-5, (puede verse también la nº 976/2013, de 30-12 y la nº 256/2018, de 16-5), cuando dice «... Y ello porque sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio».

Argumentos similares maneja el Tribunal Constitucional (SSTC nº 256/2000, de 30-10; 214/1999, de 29-11; 82/2001, de 26-3): «... tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento'. Y ello, porque si bien es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; (...) también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas».

Por consiguiente, arbitrariedad se identifica con los supuestos de ausencia de explicación o, si se prefiere, de motivación, o cuando ésta sea extravagante o irracional, con falta de razonabilidad en la ofrecida, producto de lo que se ha venido en llamar "un mero voluntarismo selectivo". Para la STS nº 256/2018, de 29-5, «cuando ha recaído una sentencia absolutoria, la pretensión de su revocación exige justificar que las razones atendidas por el tribunal que absolvió sean resultado de una motivación de la que pueda predicarse que es manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonable o irrazonada, o bien sean fruto de error patente». Por su parte, la STS nº 599/2012, de 11-7, con cita de la STS nº 1005/2006, de 11-10, contiene interesantes reflexiones en torno a lo que no es una duda razonable: «hay que tener en cuenta que aunque la absolución se justifica con la duda, la proscripción de la arbitrariedad exige que ésta sea razonable. No, por lo tanto, cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado. En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito, pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad».

No obstante lo anterior, también cabe encontrar un proceder arbitrario en el silencio de la sentencia sobre datos relevantes que conducirían a un pronunciamiento condenatorio. La STS nº 1087/2010, de 20-12, señala al respecto: «En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad. Por ello si bien un pronunciamiento absolutorio emitido tras la práctica de pruebas directas que la acusación estimaba de cargo, no requiere más explicación sino la de que dichas pruebas no han convencido al Tribunal de la culpabilidad del acusado

(SSTS números 2007/2002, de 13-2; 122/2003, de 29-1) la jurisprudencia ha elaborado algunas excepciones a esta doctrina general, como cuando el recurrente, base a datos obrantes en la causa –declaraciones, documental etc.– intentara demostrar que la sentencia recurrida silencia datos obrantes en el sumario o en el plenario que demuestre la autoría culpable de los absueltos (STS 1045/98, de 23-9)».

Finalmente, a modo de colofón, la STS nº 271/2010, de 30-3, incluye dos supuestos en los que identificar la arbitrariedad: «... Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos: a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (...). b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC 284/2002, de 15-9, que “en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” (STS 770/2006, de 13-7). El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96, de 23-9; 1009/96, de 30-12; 621/97, de 5-5 y 553/2003, de 16-4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada...». En el mismo sentido, puede verse la STS nº 417/2018, de 24-9, entre otras muchas.

3.2. Cuestión sobre la posibilidad de utilización conjunta de los motivos que denuncian arbitrariedad (art. 852 LECrim.) y error en la valoración de la prueba basado en documentos (art. 849.2º LECrim.).

Esta posibilidad procesal ha sido sugerida con muchos matices en algunas sentencias de la Sala II apostando por una suerte de combinación entre estos dos motivos del recurso (véanse SSTS números 146/2014, de 14-2 y 767/2016, de 14-10). Pero en mi opinión semejante opción es inviable si se atiende el propósito de cada uno de ellos. Así, en los supuestos de un proceder arbitrario del Tribunal sea con relación a la motivación, valoración de la prueba e, incluso, en las hipótesis de declaración de nulidad de determinadas pruebas, todos ellos reconducibles por la vía del art. 852 LECrim., el recurso perseguirá, una vez estimada la vulneración del derecho fundamental, que la Sala II declare la nulidad de la sentencia para que, en definitiva, el Tribunal valore la prueba que omitió y dicte nueva sentencia, o bien, esa misma nulidad y, por extensión, el juicio oral, para que sea distinto Tribunal quien proceda a su adecuado enjuiciamiento.

Tratándose de postular la declaración de una valoración arbitraria de la prueba, el art. 852 permite *per se* examinar esa concreta parcela sin necesidad de emplear una llave que franquee, con un motivo específico, el pórtico del error en la valoración de la prueba basado en documento. Además, debe tenerse en cuenta que la estimación de un motivo basado en el art. 849.2º LECrim., cuya finalidad es modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, al margen de todos los escollos expuestos con anterioridad, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de instancia, sino al dictado de segunda sentencia por parte de la propia Sala II (art. 902 LECrim). Por ello, subraya la STS nº 252/2018, de 24-5, que «el cauce del art. 849 2º de la LECrim no es utilizable porque esta vía impugnativa exige que los docu-

mentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, y esta valoración conjunta vulnera la prohibición de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo. Cuando la valoración probatoria resulte absolutamente arbitraria, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado para intentar su anulación. Pero solo a través de la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, porque la estimación de un motivo por el art. 849 2º de la LECrim no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art 902 LECrim.)».

3.3. Supuestos en los que el Tribunal acuerda declarar nula una prueba y, por tanto, no valorarla dictando sentencia absolutoria por inexistencia de prueba de cargo

Suele ocurrir, por ejemplo, con las intervenciones telefónicas o de dispositivos electrónicos, de la correspondencia, paquetes, registros domiciliarios, pero también con otras diligencias, como la de reconocimiento en rueda (que no vicia la declaración testifical) incluso con las propias testificales (art. 416).

En principio, ante semejante suceso procesal acontecido en el juicio oral, debiera el Fiscal centrarse en aquellas pruebas que no tenga una conexión causal con la fuente de prueba contaminada. Ello permitirá, si recayera sentencia condenatoria, ante el eventual recurso de la defensa, encontrar resortes en los que basar la declarada destrucción de la presunción de inocencia por el Tribunal de instancia. La STS 29-1-2008 ofreció pautas en un supuesto harto frecuente, en cuanto a la conexión de antijuricidad entre lo declarado nulo y la prueba valorada en sentencia, ex art. 11.1 LOPJ, en el caso de la prueba testifical y los registros domiciliarios acordados por el conocimiento que se tenía de hecho en virtud de las intervenciones declaradas nulas: a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta. b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación. c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando “conexión de antijuricidad”, es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

Por lo demás, en caso de declaración de nulidad de una prueba y consiguiente sentencia absolutoria, es necesario que en el acto del juicio oral se alegue la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se pretenda del Tribunal del recurso que declare la validez de la prueba y la nulidad de la sentencia con devolución al Tribunal de instancia para que valore la prueba antes declarada nula y dicte nueva sentencia. El párrafo 3º del art. 790.2 LECrim. establece que *“Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia... será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”*. El precedente paso será necesario para actuar en casación si el Tribunal de apelación ha confirmado el pronunciamiento del Órgano enjuiciador.

El recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales

Autores: Luis Fernando Rey Huidobro

Fiscal del Tribunal Supremo

Antonio Pablo Rives Seva

Fiscal del Tribunal Supremo

Resumen

La reforma procesal llevada a cabo por la Ley 41/2015, pendiente desde la LO 19/2003, ha venido a trastocar la estructura tradicional de la casación, pues al tiempo que generaliza la doble instancia, posibilitando que las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales sean recurridas en apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia, frente a cuya sentencia podrá formularse el recurso de casación, permite a su vez que la casación se interponga contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales frente a sentencias del Juzgado de lo Penal, con lo que la función nomofiláctica de la Sala Penal del Tribunal Supremo va a proyectarse con carácter general a todos los delitos –con excepción de los leves, inaccesibles a la casación–.

El presente trabajo pretende dar respuesta práctica a los diversos problemas que la aplicación de la nueva normativa está generando ante los tribunales, en su aún breve período de vigencia, analizando para ello la doctrina y jurisprudencia más cualificadas sobre el tema. Cuestiones tales como concretar el régimen transitorio; determinar el motivo por error iuris como única vía de acceso al recurso, analizar el contenido del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, relativo a la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma; el problema de la inclusión o no de la infracción de precepto constitucional; la delimitación del concepto “interés casacional”, que constituye requisito ineludible para su admisión; determinar qué órgano judicial es el competente para decidir si existe tal interés casacional, y en consecuencia admitir o no el recurso; y otras cuestiones de no menor trascendencia práctica, son objeto de nuestra atención.

Finalmente, el estudio culmina con un repertorio de las resoluciones dictadas hasta el momento por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en aplicación de la nueva normativa.

The procedural reform effected by law 41/2015, which has been pending since 19/2003, has been transferred to the traditional structure of the cassation, since it generalizes the double instance, making it possible for the judgements issued in the sole instance by the Provincial Courts to be applied in appeal to the higher courts of justice, against which the cassation appeal may be made, while the cassation may be brought against judgements handed down by the Provincial Courts’ judgments against the judgments of the criminal court, thus making the nomophylactic function of the Supreme Court’s Criminal Chamber projecting with general character to all offences –except for the minor, inaccessible to the cassation–.

The present work aims to respond to the various problems that the application of the new regulation is generating before the courts in their short period of time, analysing the most qualified doctrine and jurisprudence on the subject. Issues such as the establishment of the transition regime; determining the reason for error iuris as the only access to the cassation appeal, analysing the content of the Agreement of the Full Court of the Second Chamber of 9 June 2016, on the unification of criteria on the scope of the reform; the problem of inclusion or not of consti-

tutional precept; the delimitation of the concept of “cassational interest”, which constitutes an inescapable requirement for admission; determine which judicial body is competent to decide whether such an interest is present, and accordingly admit or not the cassation appeal; and other issues of non lesser transcendence practices are the subject of our attention.

Finally, the study culminates in a repertoire of the resolutions issued so far by the Second Chamber of the Supreme Court, in application of the new regulation.

Sumario

1.- Naturaleza del nuevo recurso: función unificadora de la doctrina penal. 2.- Régimen transitorio. Procesos incoados antes de la entrada en vigor. 3.- Motivos del nuevo recurso de casación. 3.1.- El error iuris: Problemas interpretativos y soluciones ofrecidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo 3.2.- Jurisprudencia sobre la no inclusión de la infracción de precepto constitucional. 4.- El interés casacional. 4.1.- Delimitación conceptual. 4.2.- Momento procesal oportuno para su invocación. 5.- La irrecurribilidad de las sentencias dictadas en juicio por delito leve y de las sentencias que declaren la nulidad de la recaída en la instancia. 6.- Repertorio de sentencias.

1. Naturaleza del nuevo recurso: función unificadora de la doctrina penal

La posibilidad de interponer recurso de casación por infracción de ley (motivo 1º del art. 849 LECrim) contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales frente a sentencias del Juzgado de lo Penal, fue introducida en el art. 847.2 por la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Según el Preámbulo de dicho texto legal, era necesario, junto a la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal”.

Con anterioridad a la *Ley 41/2015*, la interpretación unificadora de la doctrina jurisprudencial de los Juzgados de lo Penal, se llevaba a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantizaba un tratamiento homogéneo para toda España. Había un problema de dispersión interpretativa, debido a los diversos criterios mantenidos por las distintas Audiencias Provinciales y al hecho de que un elevado porcentaje de tales delitos, por razón de la pena que llevaban aparejada, nunca eran objeto de impugnación casacional y no contaban por ello con pronunciamientos del Tribunal Supremo, salvo aquellos supuestos en los que algunas de esas infracciones penales se presentaban como delitos conexos de otros más graves o, en los casos excepcionales de procesos contra aforados que fueran enjuiciados por el propio Tribunal Supremo.

Ahora, frente a la sentencia dictada en primera instancia por órganos unipersonales como son los Juzgados de lo Penal o los Juzgados Centrales de lo Penal, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 65.5º LOPJ). Y contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de casación (art. 847.1 letra b) LECrim).

El criterio unificador del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, permite el adecuado desarrollo del principio de igualdad (art. 14 CE), pero también, y por otro lado, garantiza el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), crucial también en todo Estado de Derecho. Así, a través de la unificación se asegura la igualdad de los ciudadanos ante la ley y a la vez, se garantiza la vigencia del mandato general del legislador ¹.

¹ Véanse, MARTÍNEZ ARRIETA, A., y ENCINAR DEL POZO, M.A., *El recurso de casación y de revisión penal*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 18 y ss; VILLEGAS GARCÍA, Mª.A., y ENCINAR DEL POZO, M.A., *La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación*, en *Diario La Ley* nº 9152, Sección Dossier, 6 de marzo de 2018, Ed. Wolters Kluwer, (LA LEY

Mediante este recurso, se dispondrá por tanto, de una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, vinculante para los jueces y tribunales inferiores, que asegurará la aplicación uniforme de la legalidad penal en todo el territorio nacional (función nomofiláctica) ².

Esa vinculación de los Jueces y Tribunales inferiores a la doctrina del Tribunal Supremo, como expone VILLEGAS GARCÍA, no ataca a la independencia judicial, sino que, muy al contrario, puede legitimar su función aumentando la confianza en la labor de los jueces y tribunales, y tampoco es incompatible con el sometimiento de los mismos al imperio de la ley, ya que ellos no crean leyes, lo que claramente corresponde al legislador, sino que las interpretan, debido a que por muy clara que sea la redacción de una disposición legal penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial ³.

No obstante, la ampliación de las resoluciones judiciales susceptibles de recurso (aunque con restricción en este caso de los motivos a invocar), no modifica su naturaleza de medio extraordinario de impugnación que únicamente podrá canalizarse por los motivos expresamente previstos en la Ley ⁴.

En estos casos, en los que se recurre una sentencia dictada en apelación, la resolución recurrida, aquella que es objeto de recurso y que define el ámbito de conocimiento del recurso, es precisamente, esta última y no la dictada en primera instancia (*STS 75/2017, de 9 de febrero*, entre otras muchas), por tal motivo deberán ser inadmitidas aquellas impugnaciones no alegadas previamente en el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial o reclamaciones “*per saltum*” ⁵.

Inaugura esta nueva modalidad de casación la *STS Pleno 210/2017, de 28 de marzo*, de la que es Ponente Antonio del Moral García, que pone la primera piedra en el estudio de la naturaleza jurídica del recurso, “con anclaje directo en la función nomofiláctica que se encuentra en los orígenes de la casación. Esa función, siempre presente, se ha difuminado, sin embargo, en los últimos años eclipsada y casi arrinconada como consecuencia de la irrupción de otras exigencias, también irrenunciables, de un plausible sistema de recursos que, al no haber merecido la necesaria atención del legislador, han ido de manera suave, pero imparable y creciente, enturbiando o minimizando las genuinas misiones que un recurso de casación está llamado a cubrir (...).

1726/2018) p. 1 y s.; MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., La reforma de la LECrim en 2015, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 545 y ss.; MARTÍNEZ MORA, G., Novedades jurisprudenciales en el recurso de casación penal; a propósito de la *STS 476/2017 de 26/06/2017*, en Diario La Ley, nº 9058, Sección Tribuna, 10 de octubre de 2017, Ed. Wolters Kluwer (LA LEY 12646/2017), pp. 1 y s.

² Véanse, ARMENTA DEU, T., La reforma de los recursos en la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales: generalización de la segunda instancia; ampliación del recurso de casación e incorporación de las resoluciones condenatorias del TEDDHH, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. Olga Fuentes Soriano), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 430 y s.; MUERZA ESPARZA, J., Algunas cuestiones sobre la reforma del recurso de casación penal de 2015, en *Recurso de casación penal. Cómo lograr su admisión* (Doctrina, jurisprudencia y formularios), 2ª ed., Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 52 y ss.

³ VILLEGAS GARCÍA, M^a. A., Límites al recurso de casación ejercitado contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, Número monográfico: “la nueva regulación de los recursos de apelación, casación y revisión penal”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, nº 16, pp. 4 y ss.

⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 2, 2016, p.42.

⁵ Como declara la *STS 84/2018, de 15 de febrero*, con cita de la *STS 54/2008, 8 de abril*, “es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia –en el presente caso, el órgano *ad quem* llamado a resolver la apelación– al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. *SSTS 1237/2002, de 1 de julio* y *1219/2005, de 17 de octubre*). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (*SSTS 1256/2002, de 4 de julio*, y *545/2003, de 15 de abril*)”. En el mismo sentido se pronuncian los *AATS 470/2018, de 1 de febrero*; *467/2018, de 22 de febrero* y *482/2018, de 12 de abril*. El recurso de casación, en su nueva modalidad, introducida por la LO 41/2015, se plantea contra la sentencia dictada por el órgano de apelación, sin que sea admisible la formulación de motivos *per saltum* (*SSTS 576/2017, de 6 de julio* y *84/2018, de 15 de febrero*).

No obstante, la *STS 429/2018, de 27 de septiembre*, admite “excepcionalmente, el planteamiento de cuestiones no planteadas ante el órgano de apelación, pero sujeta a un condicionamiento alternativo: la vulneración patente de un derecho fundamental, lo que encuentra su justificación en la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, y, las infracciones de Ley cuando la misma, cuando el error de derecho, resulte patente en el hecho probado, fuera beneficioso al reo, y su apreciación no sea controvertida”.

En otro orden de cosas, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarrea unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código Penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras.

El legislador de 2015 ha sido sensible a esta necesidad. Al tiempo que generaliza la doble instancia (otra sentida necesidad), ha abierto la casación, solo por infracción de ley del art. 849.1º (*error iuris*), a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal. De esa forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. *STC 134/1991, de 17 de junio*), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto, la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa –es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva– ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación, pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona, pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24...”. En el mismo sentido se pronuncian las *SSTS 588/2017, de 20 de julio* y *429/2018, de 27 de septiembre*.

Al admitirse el recurso de casación, aunque solo por *error iuris*, en estos casos, se posibilita que lleguen al conocimiento del Tribunal Supremo más de 150.000 asuntos que antes no eran accesibles a la casación (según la Memoria de la FGE correspondiente al año 2016 los Juzgados de lo Penal dictaron 157.877 sentencias, frente a las 8.634 de las Audiencias Provinciales), con lo que la sobrecarga de trabajo es evidente, lo que ha motivado que la Sala 2ª haya iniciado una interpretación muy restrictiva de la norma (*Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 9 de junio de 2016*), que no acaba de consolidarse, sobre las causas de inadmisión y la distribución de competencias entre los órganos *a quo* y *ad quem* para apreciarlas.

2. Régimen transitorio. Procesos incoados antes de la entrada en vigor de la ley

La disposición transitoria única de la *Ley 41/2015*, dice que “se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”, que tuvo lugar, según establece su disposición final cuarta transcurridos dos meses desde su publicación en el BOE (BOE de 6 de octubre de 2015), por tanto, el 6 de diciembre de 2015; así, no es recurrible en casación la sen-

tencia de la Audiencia Provincial dictada en apelación de sentencia procedente del Juzgado de lo Penal, en proceso incoado antes de la entrada en vigor.

Por consiguiente, y en esto es unánime toda la doctrina procesal, la *Ley 41/2015* no puede tener efectos retroactivos respecto de procedimientos incoados con anterioridad a su entrada en vigor, precisamente, al no estar previsto expresamente en su Disposición Transitoria, única posibilidad que posibilitaría que la Sala Segunda del Tribunal Supremo conociese sobre el fondo del recurso de casación interpuesto⁶. Es deber de los Tribunales no admitir los recursos que no cumplan dicho requisito, pues como ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no queda vulnerado cuando el recurso interpuesto es inadmitido por el órgano judicial competente en virtud de la concurrencia de algunas de las causas legalmente previstas al efecto (*STC 88/1997, de 5 de mayo*).

En este sentido se han pronunciado los *AATS de 18 de julio de 2016* (queja 20388/2016), *31 de mayo de 2017* (queja 20157/2017) y *25 de abril de 2018* (queja 20109/2018), entre otros muchos⁷, que declaran que “la modificación introducida en el recurso de Casación por la *Ley 41/2015*, según establece en su Disposición transitoria única, únicamente será aplicable la normativa de la doble instancia y en su caso el recurso de Casación para los procedimientos iniciados una vez que haya entrado en vigor la modificación legislativa que lo fue en fecha 6 de diciembre de 2015. Lo que no es de aplicación al caso”.

Así mismo, dichas resoluciones establecen que las leyes procesales no son leyes penales, por lo que no se plantea el efecto retroactivo de la ley penal más favorable, sino que únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor con arreglo a las circunstancias establecidas para el procedimiento aplicable, al momento de los hechos enjuiciados, siendo así que no se contemplaba el Recurso de Casación sino únicamente recurso de Apelación que ya fue ejercitado en todos los casos.

En efecto, como precisa la *STS 1336/2011, de 12 de diciembre*, el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio, por prescripción del art. 4 de la misma Ley, dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones legales de derecho transitorio, los asuntos se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

Y sobre la retroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional (*SSTC 149/1995 de 16 de octubre y 374/1993 de 13 de diciembre*) recuerda que el fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza, es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculpado (art. 25.1CE y 24 CP) y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho (art. 9.3 CE). Las leyes procesales no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente, incidencia retroactiva que, de producirse, afecta habitualmente a instancias completas y no por fases o periodos dentro de un mismo grado jurisdiccional.

En el caso de silencio de la nueva Ley, rige el principio aceptado por el *RD 3 de febrero de 1881*, que promulgó la de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 3 establece que los pleitos pendientes en la actualidad continuarán sustanciándose en la instancia en que se hallen con arreglo a la Ley hoy vigente.

Sin embargo, no existe silencio en el caso de la reforma de la LECrim por *Ley 41/2015*, dado que la misma excluye expresamente la retroactividad.

⁶ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, o.c., p. 57 y s.; VILLEGAS GARCÍA M^a.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación, o.c., pp. 13 y s.

⁷ Ver también los *AATS de 21 de junio de 2016* (queja 20379/2016); *3 de junio de 2016* (queja 20298/2016); *10 de junio de 2016* (queja 20282/2016); *10 de junio de 2016* (queja 20317/2016) y *7 de julio de 2016* (queja 20533/2016).

Este es el criterio seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en ocasiones, lo ha argumentado desde el principio *tempus regit actum* o la doctrina de la *perpetuatio jurisdictionis*, como son exponentes las SSTS 700/2011, de 28 de junio, 602/2011, de 27 de septiembre y 1181/2011, de 4 de noviembre”.

Los AATS de 10 de mayo de 2018 (queja 20057/2018) y 16 de mayo de 2018 (queja 20102/2018), observan que el art. 9.3 CE prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos, pero no impone la retroactividad de las favorables, lo que, sin embargo, sí podría encontrar algún apoyo en el derecho de la Unión Europea (art. 49.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Lo decisivo para rechazar en este caso una eventual retroactividad es que aquí no estamos ante una disposición sustantiva, sino procesal. Y, además, no inequívocamente beneficiosa. Lo será solo para una de las partes del proceso: la que haya visto desestimadas sus pretensiones. Para la otra será desfavorable. El art. 2.2 CP y también el art. 9.3 CE o el art. 49.1 CDFUE alcanzan a las normas sustantivas; no a las procesales. La introducción de un nuevo recurso de casación no es *a priori* y en abstracto favorable al reo. La igualdad procesal de armas impide entender que una misma resolución solo fuese impugnabile por una parte (condenado) y no por las otras (acusaciones)”. Del mismo tenor es el ATS de 28 de septiembre de 2018 (queja 20458/2018).

Por otro lado, matizan los AATS de 31 de mayo de 2017 (queja 20157/2017); 7 de julio de 2017 (quejas 20326/2017, 21084/2017 y 20326/2017) y 14 de julio de 2017 (queja 20244/2017), que “está fuera de duda, que la interpretación literal de la expresión “incoación del procedimiento” se refiere a la resolución que lo inicia, auto de incoación de Diligencias Previas, no a las consecutivas que lo impulsan, en la misma o sucesivas instancias...”; y los AATS de 30 de enero de 2018 (queja 21027/18); 16 de abril de 2018 (queja 20066/2018); 24 de mayo de 2018 (queja 20107/2018) y 3 de septiembre de 2018 (queja 20378/2018), que “para concretar la fecha de incoación ha de atenderse a la de la causa, cualquiera que sea la modalidad procedimental a que se ajustase y con independencia de las eventuales transformaciones de procedimiento que hayan podido producirse. El procedimiento abreviado no es un procedimiento distinto a las diligencias previas, sino en todo caso una denominación que abarca toda la secuencia desde la incoación de diligencias previas hasta la sentencia que le pone fin (Título II del Libro IV de la LECrim); y, dentro de ella, también, a la fase que se inicia cuando las diligencias previas culminan con el traslado a las acusaciones para que formulen su acusación o piden el sobreseimiento. El procedimiento es el mismo; como sigue siéndolo cuando se remite al Juzgado de lo Penal para enjuiciamiento o cuando se interpone recurso contra la sentencia. Por tanto, no puede atenderse al artificioso argumento de estar no a la fecha de incoación, sino a la de incoación ante la Audiencia del Rollo de Apelación (ver en igual sentido ATS de 23 de noviembre de 2017 queja 20765/17)”.

Con los mismos fundamentos los AATS de 25 de junio de 2018 (quejas 20258/2018 y 20440/2018) resuelven que “no puede atenderse al argumento de estar no a la fecha de incoación sino al momento de dictarse la sentencia ante el Juzgado de lo Penal y de la apelación ante la Audiencia Provincial, ya bajo la vigencia del art. 847 LECrim, tras la modificación, debiendo aplicarse el efecto retroactivo ya que favorece al reo”. También el ATS de 31 de enero de 2018 (queja 20883/2017) resuelve que “no puede atenderse al argumento de estar no a la fecha de incoación en tanto que se sobreseyó provisionalmente sino a la fecha de la detención e ingreso en prisión de 04/02/16”; el ATS de 8 de mayo de 2018 (queja 21024/2018) que la fecha que ha de ser tenida en cuenta es la de incoación del procedimiento, no la del auto de apertura del juicio oral; el ATS de 9 de julio de 2018 (queja 20505/2018), que “no puede atenderse al argumento de estar no a la fecha de incoación de las DP del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Vigo, sino a la incoación de las DP del núm. 7, tras la inhibición del primero ya bajo la vigencia de la ley y ello porque el procedimiento ya se había iniciado por el núm. 6, pues es el primero en incoar DP el 25/11/15, antes de la entrada en vigor”; y el ATS de 18 de julio de 2018 (queja 20359/2018) que “obviamente en casos de acumulación el inicio del procedimiento ha de situarse en el momento en que se incoaron las diligencias más antiguas”. “Es más -se lee en los AATS de 16 de mayo de 2018 (quejas 20026/2018 y 20102/2018)-, aunque se produjese

una transformación de la modalidad procedimental (art. 780 LECrim) y se mutase a sumario ordinario o a los cauces procesales de la Ley del Tribunal del Jurado, o en el sentido inverso, a estos efectos la fecha sería la de inicio del procedimiento en sí, no la de transformación para incoar otra modalidad”.

En consecuencia, no cabe procesalmente el recurso de casación, por lo que el Alto Tribunal, con reiteración de estos argumentos, rechaza sistemáticamente los recursos de queja interpuestos contra Autos de Audiencias Provinciales denegando su interposición, con imposición de las costas al recurrente (art. 870 LECrim). Así por ejemplo, entre los más recientes, los AATS de 14 de septiembre de 2018 (queja 20394/2018); 20 de septiembre de 2018 (queja 20529/2018); 24 de septiembre de 2018 (queja 20345/2018); 25 de septiembre de 2018 (queja 20475/2018) y 26 de septiembre de 2018 (queja 20446/2018) ⁸.

El ATS de 25 de abril de 2018 (queja 20109/2018), rechaza el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad frente a esta normativa, “al no apreciar que suponga vulneración alguna de precepto constitucional, concretamente, del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en la medida en la que no implica una reducción injustificada de los derechos al recurso, sino una ampliación limitada de las posibilidades de interponer el mismo. Por otro lado, la existencia de un recurso de apelación satisface las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto al reconocimiento del derecho de someter la condena a un tribunal superior. Por las mismas razones no es procedente la formulación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al no apreciar duda alguna en la interpretación de la normativa aplicable en cuanto a su compatibilidad con las normas europeas”.

3. Motivos del nuevo recurso de casación

3.1. El error iuris: Problemas interpretativos y soluciones ofrecidas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo

El artículo 847.1.b) LECrim establece claramente, que, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, procede recurso de casación “por infracción de ley del motivo previsto en el número 1 del artículo 849”.

A partir de la reforma operada en la Ley Rituaria penal por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se ha de distinguir el órgano del que procede la resolución susceptible de casación, ya que mientras que las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, son susceptibles de recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, infracción de ley [con las dos variantes: el error de Derecho o *error iuris* (art. 849.1) y el error de hecho o *error facti* (art. 849.2)] y por quebrantamiento de forma con sus dos manifestaciones de vicios *in procedendo* (art. 850) y vicios *in iudicando* (art. 881), las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sólo pueden ser recurridas en casación por *error iuris*, al amparo del artículo 849.1 LECrim ⁹.

⁸ Ver también los AATS 718/2017, de 27 de abril; 802/2017, de 11 de mayo; 848/2017, de 25 de mayo; 31 de mayo de 2017 (queja 20231/2017); 12 de junio de 2017 (quejas 20214/2017, 20220/2017 y 20306/2017); 22 de marzo de 2018 (queja 2629/2017); 27 de marzo de 2018 (queja 20801/2017); 24 de abril de 2018 (queja 20965/2018); 3 de mayo de 2018 (queja 20194/2018); 7 de mayo de 2018 (queja 20065/2018); 14 de mayo de 2018 (queja 20148/2018); 16 de mayo de 2018 (queja 20020/2018); 23 de mayo de 2018 (quejas 20029/2018 y 20151/2018); 25 de mayo de 2018 (queja 20166/2018); 31 de mayo de 2018 (quejas 20247/2018 y 20288/2018); 7 de junio de 2018 (queja 20124/2018); 11 de junio de 2018 (quejas 20333/2018 y 20281/2018); 13 de junio de 2018 (quejas 20137/2018 y 20355/2018); 18 de junio de 2018 (queja 20155/2018); 20 de junio de 2018 (queja 20136/2018); 25 de junio de 2018 (queja 20452/2018); 26 de junio de 2018 (queja 20295); 29 de junio de 2018 (queja 20333/2018); 5 de julio de 2018 (queja 20219/2018); 6 de julio de 2018 (queja 20229/2018); 13 de julio de 2018 (queja 20309/2018); 17 de julio de 2018 (quejas 20317/2018 y 20350/2018); 18 de julio de 2018 (queja 20206/2018); 20 de julio de 2018 (quejas 20014/2018 y 20291/2018); 26 de julio de 2018 (quejas 20397/2018, 20417, 20447/2018 y 20472/2018); y 3 de septiembre de 2018 (queja 20509/2018).

⁹ El plazo para recurrir en casación se cuenta a partir de la notificación de la sentencia de apelación al procurador, ya que no es precisa la notificación personal a la parte. A tenor de los AATS de 6 de julio de 2018 (queja 20234/2018) y 31 de julio de 2018

De todos modos, surgieron inicialmente problemas interpretativos acerca del alcance del cauce casacional previsto en el artículo 847.1.b) de la LECrim.

Cabía una primera interpretación flexible del precepto que ampliaba sus márgenes, especialmente para permitir que a través del mismo tuviesen cabida las alegaciones sobre vulneraciones de normas constitucionales.

Esta opción interpretativa, partía: a) de la literalidad del art. 852 LECrim “en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional” y el art. 5.4 LOPJ, según el cual “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”; b) de una jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, anterior a la reforma de dicho precepto por la disposición final 12ª de la *Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, que ensanchaba los límites históricos del error de derecho hasta el punto de incluir en la misma vía las alegaciones sobre vulneración de derechos fundamentales, así como incluso de normas procesales, y c) de la consideración de que si el recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales no puede ampararse en vulneraciones de derechos fundamentales, sería posible que se formulara un recurso de amparo por dicha vulneración sin que el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado al respecto ¹⁰.

(queja 20163/2018), “la cuestión planteada consiste en decidir si es aplicable lo dispuesto en el art. 160 LECrim, a la notificación de las sentencias dictadas para resolver los recursos de apelación interpuestos al amparo de lo previsto en los arts. 790 a 792 LECrim, o si, por el contrario, no es necesaria la notificación personal al recurrente, teniendo en cuenta que el art. 792 LECrim, solo contiene una norma específica -la del párrafo 5 del art. 792, relativa a los ofendidos o perjudicados por el delito que carezcan de representación procesal, y que el art. 182, prescribe que las notificaciones podrán hacerse a los procuradores de las partes, sin exceptuar ninguna -solo exceptúa las citaciones que deban hacerse personalmente a las partes, por disponerlo así la ley expresamente o por requerirse su presencia-.

Pues bien, la lectura del art. 160 LECrim, permite comprobar que su previsión hace referencia específica a los supuestos de sentencias definitivas dictadas después de la celebración de un juicio oral, en el que, con carácter de regla general, es obligatoria la asistencia del acusado (art. 786 LECrim), cuyo derecho a la revisión de la condena, internacionalmente reconocido (art. 2.1 del Protocolo 7 al CEDH y art. 14.5 PIDCP), solo puede garantizarse de forma adecuada mediante la notificación personal de la condena.

Por el contrario, en los supuestos de las sentencias dictadas para resolver los recursos de apelación, contra las cuales solo cabe el recurso extraordinario de casación (art. 847 LECrim), tras la celebración de la vista correspondiente ante la Audiencia Provincial -en el caso de ser preceptiva o conveniente (art. 791.1 LECrim)-, a la que no se prevé la asistencia del recurrente como obligatoria y, por tanto, como causa de suspensión, sino solo la de su representante procesal y la de su abogado (STS 1618/2002, de 3 de octubre FD1), debe considerarse suficiente la notificación al procurador del recurrente. En definitiva, si se tratase de una sentencia dictada en la instancia sería obligatoria la notificación directa al acusado (arts. 160 y 182 LECrim) y habría que estar a la fecha de esa notificación personal o a la del momento en que se tiene por suficiente la efectuada al procurador al constatarse que no se localiza al acusado. Pero ésta es una sentencia dictada en apelación que no requiere notificación personal: basta la efectuada al procurador (AATS de 18 de julio de 2017 [queja 20111/2017]; 22 de febrero de 2018 [queja 20919/2017] y 27 de febrero de 2018 [queja 20017/2018]); por lo que desestiman las quejas planteadas.

En el caso de la víctima o tercero afectado por la sentencia, el ATS de 4 de julio de 2017 (queja 20256/2017) recuerda que “el ATS de 21 de enero de 2008 ya había señalado que la notificación a la víctima es suficiente cuando se realiza al procurador, sin que sea precisa la notificación personal al efecto del inicio del cómputo del plazo para recurrir. En definitiva, no se exige en la ley que la notificación a un tercero afectado por la sentencia deba hacerse personalmente, por lo que, a los efectos del plazo para el inicio del cómputo para anunciar la interposición del recurso de casación, basta la notificación hecha de forma que permita la constancia de que se ha practicado”.

Y no es ocioso señalar también, con el ATS de 5 de marzo de 2018 (queja 20957/2017), que “la advertencia errónea del régimen de recursos al notificarse la resolución judicial no basta por sí para quebrar el marco legal. Si una resolución no es recurrible, no lo será, aunque en su notificación de forma equivocada se haya hecho constar que cabía algún tipo de recurso apartándose de la legalidad procesal”. Efectivamente, la indicación de si una resolución es o no firme y los recursos que en su caso procedan contra la misma no forma parte integrante de la correspondiente resolución jurídica, sino de su notificación (artículo 248.4 LOPJ) sin que, por lo demás, el incumplimiento de esta norma sea jurídicamente relevante, ni causante de indefensión alguna, cuando el interesado esté asistido de letrado. Así la STS 2776/1999, de 8 de abril, insiste en esta idea al afirmar que el vicio procesal resulta irrelevante si la parte se encuentra asistida de letrado, ya que a este profesional compete el conocimiento elemental de los recursos que caben contra las resoluciones judiciales. En el mismo sentido debe recordarse la doctrina del Tribunal Constitucional, la falta de información de recursos procedentes no es un vicio con trascendencia constitucional en tanto no es per se causante de indefensión (SSTC 145/86 de 24 de noviembre, 209/93 de 28 de junio, 27/95 de 6 de febrero, 51/96 de 26 de marzo (social); 70/96 de 24 de abril (civil) y 52/99 de 12 de abril) particularmente, si la parte está asistida de letrado”. En el mismo sentido se pronuncia el ATS de 2 de diciembre de 2013 (Queja 20488/2013). Por el contrario, el ATS de 29 de junio de 2017 (queja 20089/2017), observó que “al tiempo de ser notificada la sentencia al penado no se hizo la información ordenada en el artículo 248. De ello deriva la nulidad de tal acto y, como consecuencia la exclusión del efecto preclusivo para interponer el recurso de casación”; estimando el recurso de queja frente a la inadmisión del recurso de casación.

¹⁰ Véase, VILLEGAS GARCÍA, Mª A., Límites al recurso de casación ejercitado contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales, o.c., pp. 12 y ss

Sin embargo, la interpretación restrictiva, limitando este cauce casacional a los supuestos de infracción de precepto sustantivo presentaba unos argumentos más sólidos, como son los siguientes:

1. El art. 847.1.b) LECrim solo recoge la posibilidad de recurrir por infracción de ley del motivo previsto en el nº 1 del art. 849, mientras que en el caso de la letra a) se indica que “procede recurso de casación: por infracción de ley y por quebrantamiento de forma (...)”.
2. La voluntad del legislador expresada en el Preámbulo de la Ley de reforma, donde señala que “para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación, la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad”.
3. El “*iter*” de la tramitación legislativa: El art. 792.4 LECrim, en la redacción dada por el Senado, aludía a que contra la sentencia dictada en apelación (en referencia a la sentencia de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por los Juzgados de lo Penal) “solo cabrá recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma en los supuestos previstos en el artículo 847”; sin embargo, esta redacción se desechó posteriormente y la redacción definitiva del precepto retornó a la original dada por el Congreso, que es la que se refleja finalmente en el texto legal: “contra la sentencia dictada en apelación solo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847”.
4. El nuevo art. 847.1 LECrim prevalece sobre el art. 852 de la misma Ley, aplicando el principio de especialidad (es ley especial) y además posterior en el tiempo ¹¹.

Esta controversia fue resuelta finalmente por el *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 9 de junio de 2016* (relativo a la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la LECrim de 2015, en el ámbito del recurso de casación), que dispone:

- a) El art. 847.1º letra b) de la LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2º, 850, 851 y 852.
- b) Los recursos articulados por el art. 849.1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.
- c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).
- d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la Exposición de Motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que

¹¹ Véanse, VILLEGAS GARCÍA, M^º. A., Límites al recurso de casación ejercitado contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, o.c., pp. 11 y s; VILLEGAS GARCÍA M^º.A., y ENCINAR DEL POZO, M.A., La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación, o.c., pp. 5 y s; MARCHENA GÓMEZ M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., la reforma de la LECrim en 2015, o.c., pp. 547 y s; ESCOBAR JIMÉNEZ, R, los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, o.c., pp. 51 y ss.

no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 LECrim)”.

De acuerdo con la doctrina asumida en ese Pleno y sentencias posteriores de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no podrá ampararse el recurso de casación en la vulneración de normas procesales o constitucionales, aunque puedan invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva, lo que supondrá una vinculación indisoluble entre la norma penal sustantiva y la norma constitucional.

En definitiva, como dice la *STS 137/2018, de 22 de marzo*, “de lo que se trata, por tanto, es de abrir una vía casacional a esas sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que sólo autoriza la impugnación del juicio de tipicidad o, lo que es lo mismo, la expresión de un error por parte del Tribunal *a quo* respecto de la calificación jurídica de los hechos. Ello conlleva que el discurso argumental que sostenga la parte recurrente habrá de ajustarse, siempre y en todo caso, al relato de hechos probados, tal y como haya sido proclamado en la sentencia objeto de recurso. Se trata de una exigencia asociada a la naturaleza misma de la vía procesal que autoriza el art. 849.1 LECrim, concebido desde su primigenia redacción como un instrumento para la unificación interpretativa en la aplicación de la ley penal.

Esta idea está también presente en la Exposición de Motivos de la citada *Ley 41/2015*, en uno de cuyos pasajes puede leerse lo siguiente: «...junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que se cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencia Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias».

La ley infringida a los efectos de este recurso, por lo tanto, deberá ser necesariamente un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (normas determinantes de subsunción), en una acepción estricta de estos conceptos, refiriéndose con ellos a aquellas normas que definen los tipos penales o las que sean llamadas para conformar una conducta delictiva, caso de las llamadas normas penales en blanco necesarias para configurar el elemento normativo de un tipo penal (*Cfr. SSTS 688/2013, de 30 de septiembre; 58/2010, de 10 de febrero y 363/2006, de 28 de marzo*), excluyendo en todo caso normas de carácter procesal. Se trata de aquellos artículos aplicables para realizar por completo el juicio de tipicidad¹². Como dice la *STS 807/2011, de 19 de julio* “por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentran recogidas, fundamentalmente en las normas del Código Penal”.

¹² Véanse, VILLEGAS GARCÍA, M^a.A., Límites al recurso de casación ejercitado contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, o.c., p. 13; MARTÍNEZ ARRIETA, A., y ENCINAR DEL POZO. M.A., El recurso de casación y de revisión penal, o.c., pp. 337 y ss; ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, o.c., p. 53; MARTÍNEZ MORA G., Novedades jurisprudenciales en el recurso de casación penal; a propósito de la *STS 476/2017, de 26/06/2017*, o.c., p. 7.

Como supuesto excepcional, podemos mencionar el recogido en la *STS 288/2018, de 14 de junio*, que admite la impugnación por la vía que ofrece el artículo 849.1 (*error iuris*), por la indebida aplicación del artículo 782.1 LECrim, que es una norma de carácter procesal, al permitir la Audiencia que una acusación popular, tras la petición de archivo formulada por el Fiscal y la acusación particular, determinara la apertura del juicio oral y la acusación por el delito de estafa, contraviniendo así la literalidad de aquel precepto, según el cual “si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa (...) lo acordará el juez”, terminando la Sala casacional por estimar el motivo. El Alto Tribunal, no obstante, reconoce que “si bien con arreglo a una concepción histórica del recurso de casación la cita de preceptos penales de naturaleza procesal desbordaría los límites de la vía impugnativa que ofrece el art. 849.1 LECrim, que se refiere a “precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal”, lo cierto es que esta Sala ha flexibilizado al máximo esta exigencia, hasta el punto de admitir, por la vía del error de derecho, la invocación de preceptos procesales que actúen como presupuestos determinantes de la aplicación de la norma penal. Y el art. 782.1 LECrim es uno de ellos, en la medida en que su correcta interpretación es garantía de que el proceso penal se habrá delimitado objetiva y subjetivamente con arreglo a los dictados impuestos por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Y añade no obstante que “ninguna objeción podría formularse tampoco para el caso en que la defensa hubiera acomodado sus alegaciones al marco impugnativo que le proporcionan los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim”. Cabe apreciar, que el Tribunal Supremo reconoce que esta vía impugnativa no es la común y que la defensa debiera haber acomodado sus alegaciones al marco impugnativo que le ofrecen los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración de derechos constitucionales. Añade, asimismo, que debe tratarse de infracción de preceptos procesales que actúen como presupuestos determinantes de la aplicación de la norma penal, y el artículo 782.1 LECrim, es uno de ellos.

El motivo fundamental de que el Tribunal Supremo haya admitido en este caso la impugnación de dicho precepto procesal por la vía del *error iuris* (con los matices expuestos), radica a nuestro entender, en que sólo se planteó dicha impugnación, que debía ser atendida por llevar razón el recurrente, por esa vía; admitiéndose dicha posibilidad para evitar generar indefensión a la parte recurrente (continuando con su condena), debido a una formulación incorrecta del recurso por su Letrado, que no lo planteó por la vía más adecuada de vulneración de sus derechos fundamentales ¹³.

¹³ Es cuestión debatida la posibilidad de invocar infracción de normas procesales en un motivo por *error iuris*. El citado *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional* de la Sala 2ª de 9 de junio de 2016, se inclina por la negativa (punto b). La tesis de su admisión la sustentan las *SSTS 692/2015, de 3 de noviembre* y *738/2015, de 26 de noviembre*: “el artículo 849.1 se refiere a que lo infringido ha de ser un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, lo que motivó una abundante jurisprudencia, excluyendo la posibilidad de alegar la infracción de normas de carácter procesal, si bien es cierto que tal interpretación ha sido considerada por la *STC 21/94, de 27 de enero*, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. De manera que, conforme a ello, en la actualidad, la norma penal sustantiva, abarca tanto las normas penales como las procesales penales, por más que podamos entender que la adecuada ubicación de la alegación esté entre la infracción de norma penal constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim.

Dijo el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, que” la decisión sobre si los recursos cumplen o no con los requisitos de admisibilidad compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios, a quienes les corresponde la interpretación de la legalidad ordinaria (*STC 32/1991*), ya que el recurso de amparo no es una tercera instancia que faculte a este Tribunal a conocer de la rectificación de errores, equivocaciones, incorrecciones jurídicas, o en definitiva, injusticias producidas en la interpretación o aplicación de las normas (*SSTC 235/1993 y 251/1993*). Esta facultad de control atribuida a los órganos judiciales sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos no ampara, sin embargo, interpretaciones formalistas o basadas en un rigorismo desproporcionado, contrario a la efectividad de los recursos, que impidan a las partes el libre acceso a los recursos legalmente establecidos, pues como señalan las *SSTC 190/1990 y 32/1991* una interpretación excesivamente rigurosa de las causas de inadmisión de los recursos previstos en las leyes procesales, que impida entrar a conocer del fondo de la impugnación, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva; interpretación rigorista que, según la *STC 32/1991*, por lesiva del derecho a la tutela, hay que hacerla extensiva al supuesto en el que el Tribunal *ad quem* mantenga dos tesis contradictorias sobre la interpretación de un determinado requisito o presupuesto procesal y una de ellas impida, por rigurosa, el acceso al recurso. Examinada la pretensión de amparo a la luz de la anterior doctrina se hace obligada su estimación.

En efecto, según consta en las actuaciones, la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantiene dos antitéticas interpretaciones sobre lo que debe entenderse por “otra norma jurídica del mismo carácter” (artículo 849.2 LECrim) a los efectos de tener por infringida la Ley en el recurso de casación por el indicado motivo. Así, en una primera interpretación, de la que es exponente la *STS de 8 de octubre de 1990*, por “norma de otro carácter” hay que entender incluidas, no sólo las sustantivas, sino también las procesales y, de entre ellas, las contenidas en la LOPJ; pero, de conformidad con otra doctrina (*STS de 26 de junio de 1974 y ATS de 9 de agosto de 1989*) por tales normas tan sólo cabe entender preceptos que, aunque no tengan naturaleza penal,

Especial interés plantea el tema de si el Tribunal casacional puede controlar por la vía del motivo previsto en el art. 849.1 LECrim (*error iuris*), la revisión de los llamados juicios de inferencia, esto es, los juicios de valor sobre intenciones y elementos subjetivos del delito, que pertenecen a la esfera intencional del autor o partícipe y que sólo pueden ser perceptibles mediante un juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales debidamente demostrados, como por ejemplo, la intención de matar, de destinar al tráfico la droga poseída etc.

Inicialmente la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entendió que tales juicios de inferencia eran revisables en casación por la vía del art. 849.1 LECrim (Cfr. SSTS 1511/2005, de 27 de diciembre; 947/2007, de 12 de noviembre y 680/2006, de 23 de junio, entre otras muchas)¹⁴. Sin embargo, esta forma de entender la cuestión fue abandonada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 172/2016, de 17 de octubre, 88/2013, de 11 de abril, 126/2012, de 18 de junio), se ha inclinado de forma definitiva por establecer que los elementos subjetivos como el conocimiento o el ánimo o intención del sujeto tienen naturaleza fáctica. Su existencia o inexistencia es una cuestión de hecho, un hecho interno pero hecho, en definitiva, cuya presencia o ausencia debe ser analizada a través del principio de presunción de inocencia (Cfr. SSTS 803/2017, de 11 de diciembre, 522/2015, de 17 de septiembre; 644/2014, de 7 de octubre y 609/2014, de 23 de septiembre, entre otras). Es decir, que puede considerarse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse apreciado por los tribunales ordinarios elementos subjetivos del delito sin prueba suficiente para ello. Por consiguiente, la cuestión de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito debe abordarse desde el prisma de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como derecho fundamental recogido en el art. 24.2 CE, a través de los medios habilitados por los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim y no a través del “*error iuris*”.

En consecuencia, habrá que estar siempre a la declaración de hechos probados fijada definitivamente en la resolución recurrida en casación para, en base a lo recogido en los mismos, realizar el consiguiente análisis jurídico-penal, sin que sea posible que aquellos sufran la más mínima alteración o modificación, sin incluir la revisión de los juicios de inferencia, ajenos a la infracción de precepto penal sustantivo.

Finalmente, resulta de interés señalar que este tipo de recursos presentan una especialidad procesal, pues es práctica de la Sala 2ª, una vez formalizado el recurso, dar traslado al Fiscal, y en su caso, a la parte recurrida para instrucción (art. 882 párrafo 1º LECrim); y despachado el trámite de impugnación o de adhesión, tras las nuevas alegaciones del recurrente (art. 882

han de revestir siempre carácter sustantivo. De entre ambas interpretaciones es claro que la resolución recurrida se enmarca en la segunda de ellas, es decir, en la que se veda al recurrente la posibilidad de acceso al recurso de casación”. La sentencia admite pues la posibilidad del planteamiento del motivo por infracciones procesales.

De la citada sentencia del Tribunal Constitucional, la STS 45/2011, de 11 de febrero, entendió que las normas procesales que regulan la tramitación de un procedimiento, las que regulan las pruebas y su disciplina de garantía, configuran el derecho al proceso debido y la regularidad en la obtención de la prueba y esas normas procesales tienen carácter sustantivo, por lo que debe ser observadas para la aplicación de la Ley penal. También en este sentido las SSTS 1046/2005, de 13 de septiembre; 1426/2005, de 7 de diciembre; 323/2006, de 22 de marzo; 259/2006, de 6 de marzo; 45/2011, de 11 de febrero; 525/2011, de 8 de junio; 940/2011, de 27 de septiembre; 601/2013, de 11 de julio; y 1053/2013, de 30 de septiembre.

Pero, como observa la STS 651/2017, de 3 de octubre, tras la promulgación de la LOPJ, cuyo art. 5.4 posibilita el acceso a la casación, por infracción de un precepto constitucional, en adición a las vías impugnatorias clásicas y se reproduce con la redacción del art. 852 LECrim (reformado por la DF 12ª Ley 1/2000 -LECivil-), ya no es posible negar “cauce expreso”, para la impugnación en esta materia; que en todo caso se conectaba con la infracción de derechos constitucionales. Así la STS 714/2013, de 3 de octubre: Hemos dicho de forma reiterada –las SSTS 365/2013, de 20 de marzo y 299/2013, de 27 de febrero, son elocuentes ejemplos– que “...cuando el art. 849.1º alude a otras normas jurídicas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal está extendiendo el ámbito de la casación a normas sustantivas no penales que han de ser aplicadas por los órganos penales al enjuiciar un asunto penal. La locución “del mismo carácter” es equívoca. Pero en el contexto es patente que se refiere a la naturaleza sustantiva de la norma, y no a su carácter penal. La exégesis alternativa (precepto penal pero no sustantivo; es decir, procesal) lleva al absurdo. Vacía de contenido los restantes motivos de casación y convierte en motivo de casación cualquier infracción procesal y no solo las contempladas en los arts. 850 a 852. En esa interpretación devendría una ilógica mención redundante la aclaración: “que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal”. Tal doctrina sigue la STS 263/2018, de 31 de mayo, que niega que por el cauce de error iuris se pueda invocar aplicación indebida de los arts. 730 LECrim y 46 LOTJ. También la STS 714/2013, de 3 de octubre.

¹⁴ Véanse el respecto, MARTÍNEZ ARRIETA, A., y ENCINAR DEL POZO M.A., El recurso de casación y de revisión penal, o.c., pp. 343 y ss y resoluciones allí comentadas; ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, o.c., p. 53.

párrafo 2º), la Sala acuerda o bien la inadmisión por providencia sucintamente motivada (art. 889 párrafo 2º), o la admisión al no concurrir ninguna causa de inadmisión y presentar interés casacional, dando nuevo traslado, no previsto en la ley, al Fiscal –y en su caso a la parte recurrida– por plazo de diez días, con el fin de que alegue lo que a su derecho convenga sobre la aplicación del precepto del Código Penal cuestionado, con lo que se produce un doble informe del Ministerio Fiscal.

3.2. Jurisprudencia sobre la no inclusión de la infracción de precepto constitucional

La *STS 137/2018, de 22 de marzo*, observa que la controversia acerca del verdadero alcance de la impugnación está alentada por la permanencia de otros preceptos que parecen salvar –en todos los casos, señala el art. 5.4 de la LOPJ– la vía de la impugnación por vulneración de derechos constitucionales. Sin embargo, resulta indispensable que la vía que autoriza el nuevo art. 847 para esta clase de recursos se construya a partir de una interpretación restrictiva del cauce de impugnación que concede el art. 849.1 LECrim. La interpretación flexible –reflejada en una jurisprudencia anterior a la reforma del art. 852 LECrim por la disposición final 12º de la *Ley 1/2000*, de Enjuiciamiento Civil–, que ensanchaba los límites históricos del error de derecho hasta el punto de incluir en la misma vía las alegaciones sobre vulneración de derechos fundamentales, no puede ahora ser resucitada. Existe ya una vía específica para la queja sobre el menoscabo del círculo de derechos que asiste a todo acusado (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim) y a ésta no se refiere el legislador. La amplitud de la expresión «en todo caso» con la que inicia su enunciado el art. 852 LECrim no debe llevar a equívocos. Sólo una interpretación descontextualizada de ese inciso permitiría ampliar lo que el legislador ha querido innegablemente restringir. La reforma –según se desprende de su Preámbulo– sólo generaliza la casación por infracción de ley, «...si bien acotado al motivo primero del art. 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad». Al amparo de la locución «en todo caso» no puede interpretarse, con una visión microliteral de la norma, que cuanto se proclama de forma paladina en el Preámbulo de la ley y cuanto se refleja en los enunciados legales que han sido objeto de reforma, ha de quedar neutralizado por un precepto preexistente, concebido para una regulación que poco tenía que ver con la proyectada. Creemos, del mismo modo, que nada añade a la controversia el hecho de que el art. 792.4 LECrim, en la redacción dada por el Senado, aluda a que contra la sentencia dictada en apelación «...sólo cabrá recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma en los supuestos previstos en el art. 847». Son esos supuestos, los predefinidos legalmente, no otros, los que permiten discernir qué tipo de impugnación casacional es viable.

En suma, la visión restrictiva del legislador en el momento de abrir esa nueva vía de casación –art. 847.2.b)– ha de consolidarse como una pauta interpretativa de primer orden a la hora de resolver cualquier duda acerca de la extensión objetiva de la casación penal después de la reforma. Nos parece un argumento decisivo el hecho de que el sistema de inadmisión sea concebido con arreglo a dos modalidades. La primera, aquella que exige, siempre y en todo caso, un auto motivado, dictado por unanimidad, cuando de lo que se trata es de inadmitir a trámite alegaciones formuladas por infracción de ley, quebrantamiento de forma o vulneración de derechos fundamentales. Y aquella otra que, a partir de la entrada en vigor de la reforma, permitirá un rechazo mediante providencia, sucintamente motivada, expresiva del criterio unánime de la Sala. Sólo cuando está en juego la corrección del juicio de tipicidad, dicho con otras palabras, sólo cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción, el legislador autoriza una desestimación *a limine*, acorde en la flexibilización de las exigencias formales con la menor entidad de la alegación formalizada...

Y así se ha pronunciado esta Sala en el *Pleno no jurisdiccional de fecha 9 de junio de 2016*... En consecuencia, la impugnación referida a la supuesta falta de respaldo probatorio del tipo subjetivo del delito previsto en el art. 468.2 del CP, asociado a la falta de intención de quebrantar la orden de alejamiento, incurre en una causa de inadmisión (art. 884.4 LECrim), que ahora se convierte en causa de desestimación”.

En este sentido se pronuncian también el *ATS de 21 de junio de 2018* (queja 20190/2018), con cita de esta *STS 137/2018*; y el *ATS de 29 de junio de 2018* (queja 20468/2018), que señala que “una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria como sucede en el caso que nos ocupa. Los motivos anunciados denuncian expresamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del principio *in dubio pro reo*, del derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la arbitrariedad, en los que el recurrente mantiene que la condena se asienta en presunciones o datos indiciarios a través de un razonamiento arbitrario que no cumple las exigencias de la valoración de la prueba indiciaria, proclama en el anuncio del recurso que es ajena a la infracción de ley del núm. 1 del artículo 849 de la Ley Procesal, único motivo de casación que puede admitirse”. También el *ATS de 13 de noviembre de 2017* (queja 20236/2017), desestima la queja, toda vez que “el recurrente en queja anunció el recurso de casación exclusivamente por infracción de precepto constitucional y por lo tanto fuera de los márgenes establecidos en la ley procesal, por lo que la resolución de la Audiencia Provincial denegando tener por preparado el recurso, es correcta”.

Esta interpretación restrictiva fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que, en su *ATC 40/2018*, de 13 de abril, inadmite el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 LECrim, el preámbulo de la *Ley 41/2015*, el propio *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016*, y la jurisprudencia de la Sala 2ª, citando la primera *STS 210/2017*, de 28 de marzo; razones a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal. Esa interpretación restrictiva “es razonable porque, además de tomar en consideración el carácter posterior del nuevo régimen de casación, es compatible con la vigencia de ambos preceptos, si atendemos a la finalidad que impulsó su redacción... El mandato general explícito establecido en el art. 5.4 LOPJ, según el cual en todos los casos en que, según la ley, procede recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional, respondía a la exigencia constitucional de satisfacer las necesidades de tutela judicial de los derechos fundamentales cuando no estuviera expresamente prevista en la ley, al tiempo que garantizaba el sometimiento del fallo y la pena impuesta a un tribunal superior. Dicho mandato no supuso la creación de recursos inexistentes, sino que era criterio de interpretación del régimen de recursos de casación ya previstos por la ley. Por lo tanto, una vez generalizada la doble instancia penal por la *Ley 41/2015*, el legislador no se encuentra limitado por el contenido de derecho fundamental alguno al definir los casos y supuestos en los que, en el ámbito penal, cabe acudir en casación.

Por ello, de forma coherente con el nuevo diseño de la casación penal –abierta en lo sustantivo a mayor número de delitos, pero limitada en lo procesal en los delitos de menos gravedad– el contenido del art. 852 LECrim puede ser interpretado en conexión con el resto de los preceptos que definen el ámbito de aplicación de la casación penal. De esta manera, es coherente con la previsión legal y razonable entender que en los casos en que la Sentencia impugnada sea recurrible únicamente por alguno de los motivos previstos en los arts. 849 a 851 precedentes, la vigencia del art. 852 LECrim no superpone un motivo de casación autónomo y adicional, sino que solo significa que la concurrencia de los concretos motivos que hacen viable la impugnación en casación –en este caso, la infracción de norma jurídica o precepto legal sustantivo que deba ser observado en la aplicación de la ley penal (juicio de subsunción)– puede ser fundamentada por referencia a los preceptos constitucionales afectados por la infracción de ley sustantiva alegada. Dicho criterio es el que aparece expresamente recogido en el *acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016*, cuando establece que en los recursos de casación presentados al amparo del art. 849.1 LECrim “podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva”.

Cabe añadir que la interpretación de la reforma legal que analizamos no priva tampoco al Tribunal Supremo, en su condición de órgano superior en el orden jurisdiccional penal (art. 123.1 CE), de la posibilidad de pronunciarse sobre los aspectos procesales del enjuiciamiento, pues dicha facultad permanece abierta –ex artículo 847.1 a) LECrim– en relación con las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Tampoco el justiciable ve cegada toda vía de alegación de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, pues en tales casos, agotada la vía judicial, puede acudir subsidiariamente en amparo en defensa de sus legítimas pretensiones de tutela”.

4 El interés casacional

4.1. Delimitación conceptual

El Preámbulo de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, prevé que el recurso de casación pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia “sucintamente motivada” por unanimidad de los componentes de la Sala cuando los recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, carezcan de interés casacional (recogido a su vez en el art. 889 apartado 2 LECrim). Y a efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Subrayando lo recogido en el Preámbulo de la Ley, el ya mencionado *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 9 de junio de 2016*, dispuso en su punto d), que “los recursos deben tener interés casacional; y que deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º)”, entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, si reúne los requisitos exigidos en la exposición de motivos (antes mencionados) ¹⁵.

Como expone ESCOBAR JIMÉNEZ ¹⁶, “en realidad, el Preámbulo no hace sino indicar referentes que provienen de un tronco común: la infracción del precepto penal sustantivo. Dicha infracción tendrá lugar: a) En el momento en que existan dos sentencias que recogen idéntico supuesto de hecho y, sin embargo, ofrezcan una respuesta penal diferente. Obvio es que una de ellas (o, puede suceder que, incluso, las dos) incurre en *error iuris*; b) También existirá la indicada infracción de Ley, cuando la sentencia dictada en apelación, revocando o confirmando la dictada en primera instancia, se oponga, en lo que se refiere a este ámbito, a la doctrina jurisprudencial. Conviene recordar que el art. 885.2º LECrim, establece como causa de inadmisión del recurso “cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales”. Este precepto fue introducido en la LECrim por la *Ley 21/1988, de 19 de julio*, y, en las breves palabras que le dedicó a justificar la reforma señaló que “se evitará así que al Alto Tribunal conocer de recursos que carecen de fundamento o que inciden en

¹⁵ En la doctrina de la Sala 2ª se ha consolidado la diferenciación entre “interés casacional” y “relevancia casacional”; requisito éste exigible a los recursos que se interpongan contra las sentencias dictadas en apelación por el TSJ; así la *STS 476/2017, de 26 de junio*, que por primera vez aborda un recurso de esta naturaleza, con remisión a la *STS 308/2017*, observa que “es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la *Ley 41/2015*) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la “relevancia casacional” de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del art. 885 LECrim, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación”. También la *STS 421/2018, de 26 de septiembre*.

¹⁶ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, o.c., pp.53 y s

materias que hayan sido ya solventadas en un sentido uniforme, en perjuicio de su función”; c) Finalmente, el último referente que ofrece el Preámbulo de la *Ley 41/2015* acoge la aplicación por las Audiencias de normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas de igual o similar contenido”.

Creemos que lleva razón este autor, cuando considera que la enumeración del Preámbulo no puede entenderse en absoluto cerrada o en “*numerus clausus*”. El propio Preámbulo utiliza la expresión “entre otros”. Y es que caben otros supuestos, como por ejemplo la infracción de precepto penal de más de 5 años de antigüedad sobre el que se pronuncie por primera vez una Audiencia Provincial y nunca lo haya hecho la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En este sentido la *STS 359/2018, de 18 de julio*, considera que “el interés casacional puede devenir de que la norma haya sido promulgada en los cinco años anteriores, o porque exista discrepancia en su aplicación ante Audiencias provinciales o con la doctrina jurisprudencial de la Sala II, o no exista pronunciamiento de la Sala II”.

Por lo tanto, el recurso sólo se puede formular única y exclusivamente por “*error iuris*”, y, además, debe tener interés casacional; esto es, que la cuestión jurídica planteada al amparo de tal motivo debe presentar, además, tal interés en los términos expuestos. Como afirman VILLEGAS GARCÍA y ENCINAR DEL POZO, se puede hablar así de una infracción de ley “reforzada”, porque se requiere la infracción de una norma sustantiva y que tal infracción reúna un elemento más: el interés casacional”¹⁷.

En el plano jurisprudencial se ha pronunciado la *STS 324/2017, de 8 de mayo*, observando que el interés casacional “debe alejarse en su significación de la trascendencia constitucional que se maneja en materia de amparo”.

La sentencia trata del delito de hostigamiento. “Con perspicacia advertía el Fiscal que el tema a analizar presenta un casuismo poco apto para ser reconducido a moldes generales; y en particular, que el asunto concreto del que arranca el presente recurso carece de aptitud, por sus específicas circunstancias, para extraer de él una doctrina generalizable o extrapolable a otros supuestos.

Se entiende la objeción del Fiscal. Pero eso no obsta a la admisibilidad del recurso y a considerar presente un no desdeñable interés casacional. Estamos ante una norma penal en fase de rodaje. Fue introducida en 2015. No existe doctrina de esta Sala sobre tal tipicidad. Siendo cierto que nos enfrentamos a una materia a resolver caso por caso, eso no priva de relieve doctrinal a la cuestión pues, también caso por caso, se pueden ir tejiendo unos trazos orientativos que vayan conformando los contornos de esa tipicidad en la que se echa de menos la deseable, aunque a veces no totalmente alcanzable, taxatividad. Es verdad –y en ello coincidimos con las apreciaciones del Fiscal– que del examen del caso concreto sometido a censura casacional no puede surgir una acotación precisa y completa de los linderos de esa tipicidad, salvo que caigamos en un ejercicio de academicismo disertando sobre esa nueva figura penal, lo que no es propio de un recurso penal. Este recurso especial, como los demás, no abdica de su vocación de resolver un supuesto concreto que no puede convertirse en mera coartada o excusa para teorizar o glosar preceptos legales más allá de lo que exija la resolución del caso. Un *obiter dictum* seguirán siendo un *obiter dictum* aunque aparezca en una sentencia de esta naturaleza. Pero sí podemos y debemos resolver en el caso concreto si la conducta descrita, también con sus pormenores, encaja en el precepto tal y como sugiere la recurrente que reclama su apreciación; o, por el contrario, está huérfana de algunos de los requisitos típicos, tal y como han entendido el Juzgado de lo Penal y, posteriormente, la Audiencia Provincial al resolver la apelación. Con esa decisión, precedida de un examen de la cuestión, ni se dará respuesta a la rica y casi infinita casuística que podríamos imaginar en relación con tal norma, ni se zanjará

¹⁷ VILLEGAS GARCÍA M^a. A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación, o.c., p. 9

la discusión sobre la significación exacta de algunos de los conceptos que maneja el precepto (reiteración, insistencia, alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana); pero sí se pueden aportar algunas pautas orientadoras que iluminen a la hora de enjuiciar otros supuestos que nunca serán iguales pero pueden presentar semejanzas.

Por lo demás el interés casacional es concepto que aparece en el art. 889.2º LECrim. La exposición de motivos orienta sobre su alcance, pero ese desarrollo, que no forma parte en rigor del texto propiamente normativo, no es definitivo”.

También la *STS 735/2017, de 15 de noviembre*. Era un supuesto de condena por delito del art. 384 CP a la pena de prisión de 6 meses, solicitando que se sustituyera por otras alternativas que prevé el precepto (multa o trabajos en beneficio de la comunidad). “El recurrente reseña una serie de sentencias en las que conforme al arbitrio del juzgador se impuso una pena pecuniaria al acusado. Pero el que unos Tribunales discrepen de otros sobre la personal valoración de cada una de las situaciones no permiten hablar de interpretaciones de un precepto de forma diferente, ante unos mismos hechos delictivos. En nuestro caso el arbitrio judicial constituye un elemento intangible, sin perjuicio de que pueda atacarse por violación de algún derecho fundamental (arbitrariedad, trato desigual, proporcionalidad, etc.). A ello se unirían razones de fondo, ya que aunque fuera alegable este motivo, tampoco podría prosperar, ya que no se acredita que en ese período de tiempo hayan existido otras sentencias con condenados a penas de distinta naturaleza, ni tampoco se conocen las particulares circunstancias relativas al hecho y al culpable, que son los factores de referencia para individualizar las penas, conforme al art. 72 CP, y que el Tribunal está obligado a atender (art. 66.1.6º CP). Por todo ello el motivo debe rechazarse”.

4.2. Momento procesal oportuno para su invocación

Parece evidente que el examen sobre la existencia o no del citado interés casacional, entendido en los términos expuestos anteriormente, y que es un requisito para la admisión del recurso, de conformidad con el artículo 889.2 LECrim, corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que es la que debe valorar su concurrencia, una vez que se haya formalizado el recurso y expresado los argumentos que lo sostienen¹⁸. Cabe también la posibilidad de una admisión parcial a trámite, en aquellos supuestos en los que el recurrente añada, al cúmulo de alegaciones referidas al error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, otras vías no autorizadas para tales casos. Como vimos, el Preámbulo de la *Ley 41/2015*, ofrece las pautas para delimitar el significado de esa anticipada exclusión, mencionando “*ad exemplum*” los aspectos que deben tenerse en cuenta para la existencia de un interés casacional.

Esa inadmisión del recurso, según proclama el art. 889, párrafo segundo LECrim, “podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional”, y además esa providencia es irrecurrible (art. 892 LECrim y *Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016*).

El legislador era consciente de que la nueva vía de recurso, iba a suponer una avalancha de nuevos asuntos en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que podría incluso colapsar su correcto funcionamiento, de ahí la introducción de esta modificación en la fase de admisión del recurso¹⁹.

Parece lógico pensar que si el recurso tiene interés casacional, pero se presentan otras causas de inadmisión, no será posible hacerlo por providencia, sino por auto, aunque lo más normal

¹⁸ Véanse, VILLEGAS GARCÍA M^a.A., y ENCINAR DEL POZO, M.A., La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación, o.c., pp. 9 y s.

¹⁹ Véanse al respecto, MARCHENA GÓMEZ M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., La reforma de la LECrim en 2015, o.c., pp.548 y s; ARMENTA DEU, T., La reforma de los recursos en la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales: generalización del recurso de casación e incorporación de las resoluciones condenatorias del TEDDHH, o.c., p.432.

será que la presencia del interés casacional determine la admisión del asunto y su resolución por sentencia ²⁰. Ello es debido, a que en caso de estimarse el recurso de casación por la vía que ofrece el supuesto que prevé el art. 847.1.b) LECrim, no tiene asignada ninguna especialidad. En consecuencia, son aplicables tanto el art. 901 LECrim, que ordena a la Sala declarar haber lugar al recurso y casar y anular la sentencia, como el art. 902 LECrim, que expresamente establece que “si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho, sin más limitación que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en la concreción de las facultades del Tribunal *a quo* (Audiencia Provincial) para inadmitir *a limine* el recurso por falta de interés casacional.

El *ATS de 4 de julio de 2017* (queja 20328/2017) ha declarado que en el trámite de preparación del recurso al Tribunal *a quo* “no le corresponde valorar si concurre o no interés casacional. El art. 889 regula el contenido de una competencia exclusiva del Tribunal Supremo. Al de la instancia le incumbe solo decidir si concurren los requisitos de legitimidad para interponer el recurso, que fija el arts. 854 LECrim, la recurribilidad en casación de las resoluciones impugnadas determinadas en los arts. 847 y 848 LECrim y los requisitos en cuanto a la actividad anunciadora del recurso de casación, referente al tiempo y a la formalización mediante Abogado y Procurador del art. 856. El art. 855 impone la carga de exponer la clase del recurso que se proponga interponer el solicitante del testimonio”.

En el caso, así lo hizo quien ahora recurre en queja. Por ello debió tenerse por preparado el recurso y en consecuencia procede estimar este recurso de queja, revocando el auto denegatorio y ordenando a la Audiencia que expida la certificación de la resolución reclamada y practique lo demás que previenen los arts. 858 y 861 LECrim, declarando las costas de oficio.

En el mismo sentido se pronuncian, entre los más recientes, los *AATS de 11 de septiembre de 2018* (queja 20293/2018); *20 de septiembre de 2018* (queja 20490/2018); *24 de septiembre de 2018* (queja 20537/2018) y *9 de octubre de 2018* (queja 20481/2018) ²¹. El *ATS de 18 de julio de 2017* (queja 20111/2017) insiste que el recurso de casación contra sentencias dictadas en apelación por una Audiencia Provincial solo cabe encauzarlo a través del art. 849.1º LECrim. Y, además, dentro de esa rígida vía debe apreciarse un interés casacional...”; y esa es una cuestión a valorar por este Tribunal y no por el órgano *a quo*.

El *ATS de 19 de octubre de 2017* (queja 20449/2017), precisa cuales son las facultades del Tribunal *a quo* para acordar *a limine* la inadmisión: “El art. 847.1 debe ser interpretado de la siguiente manera: “El examen sobre la concurrencia o no del interés casacional... que es un requisito para la admisión del recurso, de conformidad con el art. 889.2, corresponde a esta Sala que es la que debe valorar su concurrencia, una vez que se haya formalizado el recurso y expresado los argumentos que lo sostienen.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos resulta lo siguiente... La resolución dictada por la Audiencia es ajustada a derecho en cuanto no tiene por preparado el recurso de casación anunciado con base en los arts. 849.2 y 852 LECrim. Ambos cauces casacionales, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, son ajenos al art. 847.1.b).

²⁰ Así se pronuncian, MARTÍNEZ ARRIETA, A y ENCINAR DEL POZO M., El recurso de casación y de revisión penal, o.c., p. 481; VILLEGAS GARCÍA, M^a.A., Límites al recurso de casación ejercitado contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, o.c., p. 18; ESCOBAR JIMÉNEZ, R., Los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre*, o.c., p.57.

²¹ Ver también los *AATS de 7 de julio de 2017* (queja 20383/2017); *15 de septiembre de 2017* (queja 20192/2017); *31 de enero de 2018* (queja 20992/2017); *8 de febrero de 2018* (queja 20841/2017); *21 de mayo de 2018* (queja 20210/2018); *30 de mayo de 2018* (queja 20059/2018); *31 de mayo de 2018* (queja 20146/2018); *28 de junio de 2018* (queja 20464/2018); *11 de julio de 2018* (queja 20108/2018); *17 de julio de 2018* (quejas 20337/2018 y 20248/2018); *20 de julio de 2018* (queja 20390/2018) y *26 de julio de 2018* (queja 20028/2018).

De la misma manera y por las mismas razones, se tuvo que tener por no preparado el citado recurso con base en los arts. 850 y 851 LECrim.

Sí se tuvo sin embargo que tener por preparado el recurso anunciado con base en el número primero del art. 849 LECrim. Según hemos expresado con anterioridad, el examen sobre la concurrencia o no del interés casacional, corresponde a esta Sala que es la que debe valorar su concurrencia una vez que se haya formalizado el recurso y expresado los argumentos que lo sostienen”.

Más aún, el *ATS de 26 de julio de 2018* (queja 20265/2018), estima la queja pues “aunque el anuncio del recurso no fue del todo preciso, ello no puede privar al recurrente en aplicación del principio *pro actione* y eludiendo un excesivo rigor formalista que dentro de su genérica alusión al art. 849 LECrim complementada por la expresión “por diversos motivos por infracción de ley” no se comprenda su intención de preparar el recurso por los tres motivos anunciados, infracción de ley 849.1, quebrantamiento de forma 849.2º y por infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ); por ello se revoca la providencia denegatoria y se ordena a la Audiencia que admita la casación por todos los motivos...”.

El *ATS de 29 de septiembre de 2017* (queja 20368/2017) reitera que la competencia de la Audiencia Provincial no le permite inadmitir el recurso en el que se invocaba infracción del art. 181.1 CP, por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, al considerar la Audiencia que era un tema de valoración de la prueba; por lo que estima la queja y admite el recurso de casación.

Pero en el seno de la Sala 2ª existe también una posición que extiende la potestad del Tribunal *a quo* para inadmitir a *limine* el recurso cuando no exprese interés casacional. El *ATS de 1 de junio de 2017* (queja 20302/2017), desestima la queja en un caso en el que el recurso se había anunciado exclusivamente por infracción de ley del art. 849.1, “único cauce posible del que no expresa siquiera razón que justifique el interés casacional del recurso”, por lo que considera que la resolución de la Audiencia Provincial denegando tener por preparado el recurso es correcta.

Y en la misma dirección, el *ATS de 15 de marzo de 2017* (queja 21000/2016), confirma las facultades de la Audiencia para inadmitir el recurso cuando no aprecie interés casacional, señalando que “por la naturaleza de este nuevo recurso, el recurrente tiene que justificar el acceso al mismo, en el sentido de expresar cual es el interés casacional en el caso concreto. En el caso que nos ocupa es evidente que no existe interés casacional alguno, no solo porque el recurrente no aluda al mismo, sino también por el hecho de que los preceptos que invoca no tienen nada que ver con el asunto. Se trata de un caso de violencia de género en el que se condena por delito de malos tratos del art. 153 CP, delito de amenazas del art. 171 CP, y delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP. Pues bien, el recurrente invoca los arts. 368, 369 y 370 CP (salud pública), junto con los arts. 8.1.a y 50.5 CP, pese a que no se plantea ningún concurso de normas y no se impuso ninguna pena de multa. Así la Audiencia Provincial ha realizado el control que le corresponde en aplicación del art. 858 LECrim, en aplicación de los criterios fijados en el Pleno y esta Sala mediante el presente recurso de queja, permitiendo el control de la decisión adoptada por la Audiencia. Esta es la interpretación que resulta de la Providencia de Inadmisión de 2/02/2017 dictada en el recurso casación 2124/2016 cuando se declara: “En este sentido, no consta en autos que en el escrito de preparación del recurso presentado ante la Audiencia Provincial, de conformidad con el art. 855 LECrim, la parte ahora recurrente indicara en qué medida la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo o resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (debiendo invocar cuál o cuáles son las sentencias anteriores de las que se derivan estos extremos), ni tampoco señala qué norma, que no lleve más de cinco años en vigor, es la aplicada al supuesto de autos que deba ser interpretada por esta Sala. En consecuencia, el presente recurso pudo haberse tenido como no preparado en la segunda instancia (art. 858, inciso segundo, LECrim), sin perjuicio de ulterior recurso de queja”. Por ello la queja debe ser desestimada con imposición de las costas al recurrente”.

Por el contrario, el *ATS de 31 de enero de 2018* (queja 20682/2017), vuelve a aquella interpretación restrictiva de las facultades del Tribunal *a quo*. “Se pretende recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial por hechos cometidos el 10/12/15, cuya preparación fue denegada por auto por carecer de interés casacional, al no haberse indicado en qué medida la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala Segunda o resuelve cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, ni tampoco indica qué norma, que no lleve más de cinco años en vigor, es la aplicada es la aplicada al supuesto de autos y que deba ser interpretada por esta Sala Segunda.

A partir de la entrada en vigor, 6/12/2015, de la *Ley 41/2015*, el art. 847.1, b) LECrim autoriza el recurso de casación por infracción de Ley previsto en el art. 849.1 LECrim contra sentencias dictadas en apelación por una Audiencia Provincial y siempre que se aprecie un interés casacional, pero la competencia para dilucidar esta cuestión de si tiene o no interés casacional corresponde en exclusiva a esta Sala Segunda (art. 889, párrafo segundo, LECrim), por ello la queja debe ser estimada en tanto en cuanto que se pretendía el recurso de casación por un único motivo infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 5, 10, 14, 20, 21, 27 y 468.2º CP.

Como hemos declarado (*AATS de 4 de julio, 15 de septiembre y 29 de septiembre de 2017*) “la resolución de fondo de la queja concierne a la preparación que no a la interposición del recurso y por ello el Tribunal que ha de declararlo preparado debe circunscribirse a esa limitadísima competencia, decidir si concurren los requisitos de legitimidad para interponer el recurso, que fija el art. 854 LECrim, la recurribilidad en casación de las resoluciones impugnadas determinadas en los arts. 847 y 848 LECrim y los requisitos en cuanto a la actividad anunciadora del recurso de casación, referente al tiempo y a la formalización mediante Abogado y Procurador del art. 856. El art. 855 impone la carga de exponer la clase del recurso que se proponga interponer el solicitante del testimonio”. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, tratándose de un procedimiento incoado con posterioridad a la entrada en vigor de la *Ley 41/2015*, y habiendo cumplido el recurrente con la obligación de manifestar la clase de recurso que se propone interponer, procede estimar este recurso de queja, revocar el auto derogatorio y ordenar a la Audiencia Provincial que expida la certificación reclamada y practique lo demás que previenen los arts. 858 y 861 LECrim, declarando de oficio las costas”.

De igual modo se pronuncia el *ATS de 24 de julio de 2018* (queja 20443/2018), declarando rotundamente que “la inadmisión por falta de interés casacional es decisión reservada por ley al Tribunal *ad quem*: art. 889 LECrim. No está habilitada la Sala de instancia para rechazar la preparación por tal razón.

La inadmisión de la casación solo puede decretarse por el órgano de procedencia por razones periféricas y objetivas (art. 858 LECrim: extemporaneidad; exorbitantes defectos formales que lleven anudada esa consecuencia; falta de legitimación; irrecurribilidad de la resolución...). No puede hacerlo ni por razones de fondo, ni por otras asimilables, como la falta de interés casacional. La ley en esos casos residencia la decisión en el Tribunal *ad quem*.

No ha querido el legislador en esta singular casación que se justifique en fase de preparación el interés casacional, precisamente porque reserva esa valoración al Tribunal *ad quem*.

El *ATS de 10 de noviembre de 2009* es muestra del criterio tradicional que ha regido respecto de las facultades en este escenario del Tribunal *a quo*: “La LECrim, en la preparación y tramitación de un recurso de casación establece dos filtros para su admisión, el primero está encomendado a la Audiencia, ésta puede rechazar *a limine* el recurso, cuando la resolución no sea recurrible en casación o cuando no se cumplan alguno de los requisitos contemplados en los arts. 855 a 857 LECrim (art. 858). El segundo motivo de inadmisión se encuentra ya en la tramitación ante esta Sala (arts. 887 a 889) cuyas causas de inadmisión (arts. 884 y 885) son más amplias que las primeras... Los arts. 855 a 857 habilitan a las Audiencias a inadmitir un recurso cuando la resolución no es recurrible en casación, cuando se ha sobrepasado el plazo

legal, cuando existen defectos de postulación, y cuando se contienen en el escrito omisiones relevantes y no subsanables (art. 858). Pero no puede el Tribunal a quo dictar auto de inadmisión por razones diferentes que sólo podrán ser apreciadas por esta Sala”.

5. La irrecurribilidad sentencias dictadas en juicio por delito leve y de las sentencias que declaren la nulidad de la recaída en la instancia

Contra las sentencias dictadas por el Juzgado de Instrucción en relación con procesos por delitos leves (antiguas faltas), sólo procede el recurso de apelación, sin posterior recurso de casación. Así lo dispone el art. 977 LECrim, cuando afirma que “contra la sentencia que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno. El órgano que la hubiese dictado mandará devolver al Juez los autos originales, con certificación de la sentencia dictada, para que proceda a su ejecución”.

Es cierto, que algún autor como ESCOBAR JIMÉNEZ²², se ha mostrado a favor de permitir el recurso de casación en estos casos por infracción de Ley del art. 849.1º LECrim, debido, de un lado, a que el artículo 847.1.b) no establece excepción alguna, y de otro, a que lo introduce la *Ley 41/2015*, que es de fecha posterior a la que dio redacción al art. 977 (Disposición Final 2ª de la *LO 1/2015*), por lo que la indicada previsión del artículo 977 debería entenderse tácitamente derogada al contradecir lo regulado en la ley nueva. No obstante, termina reconociendo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha asumido esta interpretación en el *Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016*, en el que concluyó que, en estos casos, no cabe casación contra las sentencias que resuelvan el recurso de apelación.

En efecto, el referido *Acuerdo* dice: “Respecto a la posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos por delitos leves, se somete al parecer de los Magistrados un acuerdo con la siguiente formulación: El art. 847 b) LECrim debe ser interpretado en relación con los arts. 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. En consecuencia, el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves”.

En este sentido se pronuncia también la *Circular 1/2018*, de 1 de junio, de la FGE, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal, al declarar que esta nueva vía impugnativa “se orienta a abrir la función unificadora de doctrina a todos los delitos previstos en el CP con la única excepción de los leves”. Esto no veda la posibilidad de que los delitos leves accedan a la casación, lo que se producirá cuando el delito leve se enjuicie en conexión con otro de naturaleza menos grave o grave; éste es el supuesto referido en el *ATS de 28 de septiembre de 2018* (queja 20497/2018): “denunciando el recurrente la infracción del art. 550.1 y del art. 147.2 CP, efectivamente el segundo de ellos regula un delito leve respecto de los cuales y a tenor del Pleno invocado en la resolución recurrida en queja, no cabría recurso de casación, pero en tanto que la condena recaída lo es por ambos delitos en concurso ideal y la condena por uno de ellos cae de lleno en el campo de las resoluciones recurribles, procede estimar este recurso de queja”. Pese a tal declaración entendemos que los delitos leves también pueden acceder a la casación cuando, cualquiera que sea la modalidad procesal que se haya seguido, accesible a la casación, la sentencia asuma finalmente la calificación de delito leve, modificando la calificación más grave de la acusación.

El art. 847.2 LECrim, excluye asimismo del recurso de casación a aquellas sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional (o por

²² ESCOBAR JIMÉNEZ, R., los recursos de apelación y casación tras la reforma de la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, o.c., p.51*.

los Tribunales Superiores de Justicia), cuando se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

El Preámbulo de la *Ley 41/2015*, justifica esta restricción “al considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad”.

Como afirman MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR “en tales ocasiones, en las que la sentencia de apelación no ha llegado a pronunciarse sobre el fondo de la impugnación, por haber estimado un quebrantamiento de forma que, por tener relevancia constitucional, obliga a la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, el ulterior recurso de casación acerca de si esa nulidad está o no bien declarada genera un efecto perturbador que aplaza de forma innecesaria el desenlace definitivo del proceso. De ahí su justificada exclusión”²³.

6. Repertorio de sentencias

Hasta la fecha se han dictado las siguientes sentencias:

1. Inaugura esta nueva modalidad de casación la *STS Pleno 210/2017, de 28 de marzo*, que proporciona un ejemplo paradigmático de esa finalidad institucional o supraindividual de este recurso. La sentencia se enfrenta a la interpretación del art. 383 CP, introducido en la reforma de 2007 y resuelve que la negativa a someterse a la segunda medición de la prueba de alcoholemia constituye el delito tipificado en dicho precepto. La sentencia no es unánime, pues hay tres votos particulares, que cuentan con varias adhesiones, por lo que son seis los magistrados discrepantes; disparidad de opiniones que choca con la finalidad unificadora del nuevo recurso de casación ²⁴.
2. La *STS Pleno 324/2017, de 8 de mayo*, sobre el nuevo delito de hostigamiento, acecho o acoso (stalking) del art. 172 ter 2 CP. La doctrina de esta sentencia es seguida por la *STS 554/2017, de 12 de julio*: “La función nomofiláctica de esta Sala de Casación aparece al recaer su actuación, no sobre los hechos enjuiciados, que por exigencias del cauce casacional ya quedaron definitivamente fijados, sino sobre la corrección de su subsunción jurídica en el delito de acoso del art. 172 ter del CP, con una clara vocación de generalidad”.

“[...] El nuevo delito se vertebró alrededor de cuatro notas esenciales que tienen unos contornos imprecisos: a) Que la actividad sea insistente. b) Que sea reiterada. c) Como elemento negativo del tipo se exige que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para hacerlo. d) Que produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima”.

La sentencia analiza con detenimiento estos requisitos y reconoce que se trata de un tipo penal muy “pegado” a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado. Dicho de otro modo, el análisis de cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración, y por otra parte a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima nos conducirá a la existencia o no de tal delito de acoso, correspondiendo a esta Sala de Casación, al descansar el recurso en la doble instancia –sentencia del Juez de lo Penal y sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial– determinar si dados los hechos probados existen o no los elementos que vertebran el delito; con lo que parece que en estos casos siempre estará abierta la puerta de la casación, reconociendo un “interés casacional” por la materia específica.

En el caso enjuiciado la Sala concluye que los hechos constituyen el delito de acoso del art. 172 ter CP, pues se trata de una conducta insistente y reiterada de la que se deriva o fluye

²³ Cfr. MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., La reforma de la LECrim en 2015, o.c., pp. 557.

²⁴ La doctrina de esta sentencia ha sido mantenida, como es natural, por las posteriores *SSTS 495/2017, de 29 de junio; 531/2017, de 11 de julio y 163/2018, de 6 de abril*.

normalmente la consecuencia de una grave alteración de la vida cotidiana que excede de la mera molestia o incomodidad que quedaría fuera de los “límites de la tipicidad”.

3. La *STS Pleno 327/2017, de 9 de mayo*, sobre la inclusión del IVA en el valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales a los efectos del delito de hurto. El art. 365.2 LECrim atiende en tal valoración a un precio de venta al público. Existen diversas posturas doctrinales. Un sector diferencia entre “precio de venta al público” y “el total a pagar” que agrega a la primera partida el importe del IVA, lo que implica que deberá deducirse dicho importe del precio en los casos de sustracción del bien, al no producirse el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto.

No obstante, debe acogerse la postura favorable a su inclusión. El valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en su hipotético intercambio. Criterio apuntado en la *STS 360/2001, de 27 de abril*, y que fue consolidado en la reforma del art. 365 LECrim, por *LO 15/2003*, y ratificado por *Auto Pleno Tribunal Constitucional 72/2008, de 26 de febrero*, *Consulta FGE 2/2009, de 21 diciembre*, y *STS 1015/2013, de 23 de diciembre*. En consecuencia el valor de lo sustraído en establecimientos comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, las costas de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido en el territorio de su aplicación (península y Baleares) el impuesto General Indirecto Canario, en las Islas Canarias y el impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones en las ciudades de Ceuta y Melilla ²⁵.

4. La *STS Pleno 369/2017, de 22 de mayo*, sobre el párrafo 2º del art. 384 CP, que resuelve en coincidencia con la mayoría de las Audiencias Provinciales, enfatizando que la función de este recurso es contribuir a la seguridad jurídica e igualdad ante la ley, como valores constitucionales presentes en un recurso creado precisamente para conseguir la función nomofiláctica que nos corresponde, de manera que, a partir de ahora, la conducción sin haber obtenido nunca la correspondiente habilitación administrativa se interprete de idéntica manera en todo el territorio nacional. En consecuencia “el delito consiste en conducir un vehículo de motor sin haber obtenido nunca la licencia administrativa, y no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción” ²⁶.

²⁵ En el mismo sentido se pronuncia la *STS 692/2017, de 24 de octubre*.

²⁶ Esta doctrina sigue las posteriores *SSTS 588/2017, de 20 de julio; 647/2017, de 3 de octubre; 806/2017, de 11 de diciembre; 811/2017, de 11 de diciembre; 815/2017, de 13 de diciembre; 834/2017, de 18 de diciembre; 3/2018, de 10 de enero; 32/2018, de 22 de enero y 55/2018, de 31 de enero*. Incomprensiblemente la *STS 570/2017, de 17 de julio*, desestima el recurso del Fiscal y confirma la sentencia absolutoria “por haber sido ya resuelta idéntica cuestión en la sentencia del Pleno jurisdiccional de esta Sala, a la que nos remitimos íntegramente, esto es, la *STS369/2017 de 22 de mayo*”.

En la jurisprudencia constitucional el *ATC Pleno 67/2018, de 20 de junio*, rechaza la cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Penal de Toledo, por vulnerar el principio de legalidad penal, dado que coexiste como infracción administrativa muy grave (el art. 77 k] del RDL *6/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, sanciona el conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente). El Tribunal Constitucional considera que ambas conductas son distintas, pues mientras el tipo penal sanciona a quien conduce un vehículo o ciclomotor sin haber obtenido nunca un permiso o licencia que habilite a conducirlos, cualesquiera que sean sus características, el tipo administrativo sanciona la carencia de autorización administrativa específica para conducir el concreto vehículo o ciclomotor que se maneja, pero sin excluir que el conductor tenga licencia para conducir otro distinto. La unificación de criterio de las diversas interpretaciones posibles del texto de la ley ya realizada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a través del recurso casación, refuerzan la conclusión de que los términos del precepto penal cuestionado no son imprecisos, ni admiten fundadas interpretaciones diversas que lo hagan impredecible. Y, en cualquier caso, las que pudieran haberse formulado a través de sus años de vigencia –el tipo penal cuestionado fue introducido en el CP por la *LO 15/2007, de 30 de noviembre*, más de diez años atrás– han sido resueltas a través del sistema ordinario de unificación de criterio jurídico existente en la jurisdicción ordinaria. Los *AATC 80 y 81/2018, de 17 de julio*, inadmiten sendas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el mismo Juzgado de lo Penal, remitiéndose a los fundamentos del anterior.

5. La *STS Pleno 390/2017, de 30 de mayo*, que resalta “la función nomofiláctica de esta Sala Casacional, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, dando efectividad a los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica sin los que no es posible un funcionamiento adecuado de la jurisdicción, principios de seguridad e igualdad cuya raíz constitucional es clara, estando específicamente consagrados en los art. 9.3º y 14 de la Constitución.

Con este pronunciamiento, se pone fin a la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales existentes en esta materia, así como de una litigiosidad incentivada por la imposibilidad -hasta ahora- de una instancia superior que ponga fin a las controversias jurídicas, existentes entre las Audiencias Provinciales sobre cuestiones que nunca llegaban a esta Sala de Casación, lo que generaba desigualdad ante la ley e inseguridad jurídica, y, consecuencia de ello un injustificado incremento de la litigiosidad...

Ha sido la *ley 41/2015, de 5 de octubre*, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales la que ha llevado a la práctica la universalización de la segunda instancia contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Audiencia Provincial y la universalización del recurso de casación penal a todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales del orden penal, como se dice en el apartado V de la Exposición de Motivos de dicha ley, y desarrolla en los art. 846 ter y siguientes de la ley, lo que va a permitir que esta Sala, finalmente, actúe como último intérprete de la legalidad penal ordinaria con los beneficiosos efectos a los que ya se ha hecho referencia”.

Sobre la cuestión de fondo la sentencia estima el recurso del Ministerio Fiscal solicitando que se acuerde la condena al pago de los daños causados en un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379.2 CP, sobre los que los tribunales de instancia no habían hecho pronunciamiento condenatorio. La obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, derivados de un delito de riesgo abstracto se deriva de los arts. 109.1 y 116 CP. La regla concursal del arts. 382 que establece que en caso de concurrencia de otro delito de resultado junto con el de riesgo abstracto, resolviendo el concurso con aplicación exclusiva del delito más gravemente penado, no debe ser interpretado en el sentido negativo de no efectuar pronunciamiento civil cuando el resultado dañoso sea atípico. La Disposición Adicional 3ª CP permite una aplicación analógica sin riesgo de incidir en la interdicción de aplicación contra reo porque tal norma opera en el ámbito civil, donde la analogía está permitida ex art. 4 Código Civil... La decisión de no acordar pronunciamiento indemnizatorio supone una quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva al obligar al perjudicado a acudir a la jurisdicción civil penal para efectuar la reclamación por los daños derivados del hecho de la conducción bajo la ingesta alcohólica, y, además, esta solución provocaría un incremento de la litigiosidad derivada de las reclamaciones de cantidad ante la jurisdicción civil. En todo caso es necesario llamar al proceso a la compañía de seguros aseguradora del vehículo que causó los daños para que pueda efectuar alegaciones ²⁷.

6. La *STS Pleno 392/2017, de 31 de mayo*, sobre la interpretación del nuevo art. 13.4, introducido en la reforma de la *LO 1/2015*. Únicamente cuando la extensión de la pena prevista por el legislador para un tipo o subtipo penal, se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación de la pena, justifica la aplicación de la regla complementaria prevista en el art. 13.4. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta, tanto por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como cuando la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del art. 13.4, conduce a la aplicación de unas reglas generales que disponen que cuando la infracción penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene

²⁷ Esta doctrina se reitera en la *STS 513/2017, de 6 de julio*.

también aparejada al delito, y éste sólo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve.

Los condicionantes normativos que conducen a la degradación de una pena menos grave (art. 33.3), hasta ubicarla en una extensión que se sitúe dentro del marco penológico correspondiente a las penas leves (art. 33.4), no comportan una modificación de la naturaleza de la infracción penal, en el sentido de que deba entenderse que los hechos sancionados tienen la consideración de delito leve y deba aplicárseles el tratamiento que el legislador dispensa a los recientemente introducidos delitos leves, entre los que destaca el plazo de prescripción, así como que los antecedentes penales derivados de un delito leve no computan a efectos de reincidencia o que tales antecedentes penales no excluyen la concurrencia del requisito de ser delincuente primario en orden a la eventual concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. La gravedad del delito debe medirse conforme a su penalidad en abstracto.

7. La *STS Pleno 419/2017, de 8 de junio*, que decide que entre los arts. 379.2 y 383 CP: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia, se da un supuesto de concurso real, explicando las razones por las que la aplicación conjunta de ambos tipos penales no genera un supuesto de *bis in ídem* y por las que tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad. Analiza los bienes jurídicos en juego y funciones que desempeña el tipo del art. 383 CP.
8. La *STS Pleno 436/2017, de 15 de junio*: “La acción de conducir un vehículo de motor incorpora unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal. En este supuesto, además, concurre otro dato especialmente relevante. La idea inicial del autor no era mover ligeramente el vehículo. Había intención de realizar un trayecto más largo, intención que revierte por la presencia policial. Se puede afirmar con rotundidad que el autor había comenzado a conducir... En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el art. 379 CP, aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los dos metros”.
9. La *STS Pleno 481/2017, de 28 de junio*, sobre la agravante de multirreincidencia del art. 235.1.7º CP. Si en el concepto de reincidencia se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla (art. 22.8 CP), no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general. Para interpretar los arts. 234 y 235 CP en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el CP en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves. La sentencia no es unánime, pues hay un voto particular, que cuenta con varias adhesiones, por lo que son seis los magistrados discrepantes ²⁸.

²⁸ Tal doctrina es mantenida por las posteriores *SSTS 569/2017, de 17 de julio* y *429/2018, de 27 de septiembre*.

10. La *STS 612/2017, de 13 de septiembre*, sobre el párrafo 1º del art. 384 CP, que con remisión a la citada *STS 369/2017, de 22 de mayo*, y a las *SSTS 480/2012, de 28 de junio* y *803/2013, de 31 de octubre*, interpreta que el delito de conducción con suspensión temporal de su vigencia por pérdida de puntos no contiene un elemento adicional de puesta en peligro *in concreto* de la seguridad vial, al ser un tipo de peligro abstracto. No pueden aducirse razones de ausencia de peligro concreto del bien jurídico protegido para absolver. El pronóstico de riesgo (abstracto) es lo que da base a la conducta típica ²⁹.
11. La *STS Pleno 794/2017, de 11 de diciembre*, sobre el alcance del concepto de conductor a los efectos del art. 379.2 CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas), en un caso en que el conductor fue sorprendido dormido en un vehículo parado en un semáforo en mitad del carril de circulación; reiterando la doctrina de la *STS 436/2017, de 15 de junio*, que los actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas. El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

Por otro lado, la sentencia reitera la doctrina de la *STS 419/2017, de 8 de junio*, en el sentido de que los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de negativa a realizar la prueba de alcoholemia no constituyen un concurso de normas, sino un concurso real de delitos, al no existir desproporción punitiva.

12. La *STS Pleno 837/2017, de 20 de diciembre*, sobre el concepto de resistencia del art. 556 CP, tras la reforma de 2015, que concluye: 1) La resistencia activa grave sigue constituyendo delito atentado del art. 550 CP. En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.
- 2) La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia art. 556 CP. Aunque la resistencia del art. 556 CP, es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo, en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.
- 3) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.
- 4) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la *LO 4/2015 de 30 de marzo*, de Protección a la Seguridad Ciudadana).
13. La *STS Pleno 112/2018, de 12 de marzo*, sobre el alcance, presupuestos y naturaleza de la pena contemplada en el artículo 57, en relación con el 48.1 CP, cuyo concreto contenido era la prohibición de acceso a las instalaciones del metro de Barcelona. La sentencia constata el interés casacional, por la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales, como las divergencias interpretativas de las Audiencias Provinciales, decidiendo que esa concreción era acorde con el principio de legalidad de las penas, habiendo sido ponderada la proporcionalidad, en atención a la gravedad de la conducta o del peligro del delincuente. La sentencia afirma que “las instalaciones de la red de metropolitano de una ciudad, conectadas todas entre sí, constituyen un lugar; un lugar bien delimitado, aunque no sea regular y se extienda con un largo kilometraje por el subsuelo de la capital con dependencias que asoman al ex-

²⁹ Siguiendo esta doctrina las *SSTS 699/2017, de 25 de octubre*; *715/2017, de 31 de octubre*; *756/2017, de 27 de noviembre*; *760/2017, de 27 de noviembre*; *767/2017, de 28 de noviembre*; *36/2018, de 24 de enero*; y *849/2017, de 31 de octubre*, estiman los recursos del Fiscal y dictan sentencias de condena. También la *STS 735/2017, de 15 de noviembre*, que desestima el recurso del penado frente a una sentencia condenatoria.

terior –las respectivas estaciones– para acceder a o desde la superficie. Por idéntica razón puede considerarse correcta a estos efectos la estimación de que el delito se ha cometido precisamente en las instalaciones del Metropolitano de Barcelona, –en el metro– (aunque pudiéramos concretar más singularizando el punto exacto, la línea, el trayecto, o la estación)”.

14. La *STS Pleno 184/2018, de 17 de abril*, sobre el margen de error de los aparatos de detección de velocidad (cinemómetros), según sean fijos (5 %) o móviles (7 %). Las Órdenes Ministeriales distinguen entre instrumentos de medición fijos o móviles, a los que asigna un distinto margen de error en sus mediciones, derivadas de su distinta ubicación y función que realiza. Los primeros, instalados en elementos inmuebles con carácter permanente, y los segundos, son trasladados de un lugar a otro. Dentro de los contemplados como móviles, por su movilidad, se distingue entre móviles en sentido estricto, dispuestos para la medición en movimiento, y aquellos otros que además de la movilidad, por poder ser trasladados, desarrollan su función de medición en situación de parados. Estos últimos son denominados estáticos, a los que se atribuye el margen de error de los fijos. Consecuentemente, si el aparato de medición, cinemómetro es empleado desde una ubicación fija, esto es sin movimiento, ya sea fijo o estático, al margen de error es del 5%. Esa catalogación es lógica pues la medición de la velocidad, desde un radar fijo, o desde una instalación sin movimiento, supone un menor margen de error que la medición realizada desde un dispositivo en movimiento.
15. La *STS Pleno 342/2018, de 10 de julio*, que se plantea si el delito de maltrato de obra sin causar lesión del art. 153.1 CP está comprendido o no en la relación de delitos del art. 57.1, que incluye el delito de lesiones, pero no menciona el maltrato de obra, y, en consecuencia, si su condena conlleva, en todo caso, al amparo del párrafo segundo del art. 57, la imposición de la pena prevista en el párrafo segundo del art. 48, esto es, la prohibición de aproximación. La sentencia observa que existen pronunciamientos contradictorios tanto de las Audiencias Provinciales, como de la propia Sala 2ª; así, la *STS 1023/2009, de 22 de octubre*, se pronunció en sentido negativo, mientras la *STS 311/2007, de 20 de abril*, concluyó que la imposición de la prohibición de aproximación en los delitos de maltrato de obra del artículo 153 CP era imperativa pues estaba comprendida en los delitos contemplados en el apartado segundo del artículo 57 CP. La Sala, estimando el recurso del Ministerio Fiscal, concluye que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.
16. La *STS Pleno 359/2018, de 18 de julio*, sobre el nuevo tipo agravado de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, que con referencia a la *STS 101/2018, de 28 de febrero*, y al *Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 1997*, requiere que se trate de establecimientos abiertos al público, destinados a albergar al público y que se encuentren de manera efectiva abiertos al uso que le es propio, justificándose la agravación por la potencialidad de peligro respecto a los sujetos pasivos del hecho delictivo.
17. La *STS 396/2018, de 26 de julio*, que, para distinguir el delito de abuso sexual del delito de coacciones leves, declara que “cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial –de obtener una satisfacción sexual a costa de otro–, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el art. 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena”.
18. La *STS 446/2018, de 9 de octubre*, que considera que cuando la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima se quebranta en tres o más ocasiones, puede originar que uno de los hechos cualifique el subtipo agravado del art. 171.5, último párrafo CP (quebrantando una pena del art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza); y el resto un delito continuado de quebrantamiento del art. 468.2, sin que ello suponga vulneración del principio *non bis in idem*.

Recurso de casación: quebrantamientos de forma

Autor: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Resumen

El autor analiza las infracciones más frecuentes que, referidas a la fase de juicio oral o a la propia sentencia, autorizan el recurso de casación por quebrantamiento de forma ahora contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia o en apelación por la Sala de apelación de la Audiencia Nacional. El éxito del recurso depende de determinadas actuaciones que han de realizarse en la instancia o en la fase de apelación, incluido, el momento posterior al dictado de la propia sentencia que recayera en la misma, por lo que es imprescindible conocer la jurisprudencia existente al respecto que, por ello, se incluye en el presente trabajo.

Sumario

Introducción. Quebrantamiento de forma y vulneración de derechos fundamentales. 1. Denegación de pruebas o no suspensión del juicio ante la falta de práctica de prueba admitida. 1.1. Sobre la prueba. 1.2. Condiciones para la prosperabilidad del motivo. 1.3. Requisitos formales. 1.4. Proposición de pruebas en el sumario ordinario. 1.5. Proposición de pruebas, art. 729 LECrim. 2. Denegación de preguntas (art. 850.3 y 4 LECrim.). 3. Predeterminación del fallo (art. 851.1 LECrim.). 4. Incongruencia omisiva (art. 851.3 LECrim.). 4.1. Condiciones para apreciar el motivo. 4.2. Posibilidad de subsanación vía aclaración de sentencia. 5. Principio acusatorio (art. 851.4 LECrim.). 5.1. Delimitación de la acusación. Conclusiones definitivas. 5.2. Alcance del principio. 5.3. Homogeneidad y heterogeneidad. 5.4. Principio acusatorio y pena impuesta más grave que la pedida por las acusaciones.

Introducción. Quebrantamiento de forma y vulneración de derechos fundamentales

Los motivos por quebrantamiento de forma implican una vulneración de la ley procesal en cuanto afectan a los presupuestos en la formación de la resolución. Por esta vía se trata de denunciar la inexistencia de un “juicio justo”, un juicio equitativo y con las debidas garantías, tal como exigen los arts. 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, Roma 4-11-50, y Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Nueva York, 19-12-1966.

Ello puede hacerse respecto a vicios cometidos durante el juicio, vicios *in procedendo*, art. 850, o derivados de la propia sentencia, vicios *in iudicando*, art. 851, que muestran la efectiva indefensión en la posición procesal del recurrente.

Art. 850 LECrim. «El recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma:

- 1º Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.
- 2º Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.

- 3º Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.
- 4º Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio.
- 5º Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía».

Art. 851 LECrim. «Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa:

- 1º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.
- 2º Cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.
- 3º Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.
- 4º Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.
- 5º Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrados que el señalado en la Ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen.
- 6º Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado».

Es importante destacar que algunos de estos motivos pueden solaparse con infracciones de precepto constitucional, art. 852 LECrim, planteándose dichos motivos conjuntamente –por ejemplo, denegación de pruebas, art. 850.1, y derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, art. 24.1 CE-. En estos casos, en STS 327/2013, de 4 de marzo, hemos dicho que el motivo debe analizarse por la vía del quebrantamiento de forma. El art. 852 no puede convertirse en un expediente para burlar los requisitos de los tradicionales motivos de casación por error *in procedendo* (STS 1073/2012, de 29 de noviembre). Por ello la invocación del art. 852 LECrim., en lugar del art. 850.1, no permite escapar de los condicionamientos de este precepto. Si fuese así sobraría el art. 850 y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851: siempre cabría canalizar esas quejas por el cauce del art. 852, sin necesidad de requisitos adicional alguno.

Por tanto, en estos casos, sí cabe exigir para la viabilidad del motivo que se trate de una prueba propuesta en tiempo y forma y que se haya formulado en su momento la preceptiva protesta.

Bien entendido que de haberse articulado el motivo por vulneración de precepto constitucional –derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa-, su estimación no supone necesariamente la anulación de la sentencia y el dictado de una nueva absolutoria, sino que la reparación en los caos en que la vulneración sea asimilable al quebrantamiento de forma –como sería en el caso presente en el art. 850.1 por denegación de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente- lo procedente será su anulación y remisión al tribunal de instancia para que reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la infracción, esto es practicando la prueba indebidamente denegada, la sustancia y termine con arreglo a derecho.

Seguidamente y por la limitación en la extensión de la ponencia, me limitaré al análisis de aquellos motivos que en la praxis judicial pueden darse con mayor frecuencia en la instancia.

1. Denegación de pruebas o no suspensión del juicio ante la falta de práctica de prueba admitida

Art. 850.1 «Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente».

1.1. Sobre la prueba

Es doctrina jurisprudencial (SSTS 771/2006, de 18-7; 181/2007, de 7-3), que “la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000, de 27-11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que “el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de “pertinentes”, porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa “sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales”. Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS 21-5-2004).

1.2. Condiciones para la prosperabilidad del motivo

Las SSTS 643/2016, de 14 julio, y 881/2016, de 23 noviembre, sintetizan con precisión el alcance de la casación por motivo de denegación de diligencia de prueba previsto en el artículo 850.1

LECrim. que requiere para prosperar <<según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECrim. y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, las condiciones siguientes:

- 1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 786.2).
- 2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.
- 3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio.
- 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y, 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS 1661/2000, de 27-11; 869/2004, de 2-7; 705/2006, de 28-6; y 849/2013, de 12-11).

Falta de protesta que impide el recurso de casación al amparo del art. 850 LECrim. y que el TS ha dicho debe hacerse en el plazo de 5 días a partir de la fecha de la notificación del auto denegatorio (STS 760/2001, de 7 de mayo). La protesta tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación o en su caso, la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada, teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así un no acatamiento de la decisión adoptada, al tiempo que proporcionaría criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es “necesaria” a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de “pertinencia” que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de “relevancia” o “necesidad” en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio *ex post*. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar *a posteriori* y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable *a posteriori* convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que “...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una ma-

nera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

1.3. Requisitos formales

En este punto debemos recordar que la proposición de pruebas se halla sujeta a unos requisitos legales, cuyo incumplimiento puede determinar la inadmisión de las pruebas propuestas. Tales exigencias son de orden temporal, relativas al momento idóneo para la proposición; y de orden formal que responden al cómo deben proponerse las pruebas.

Por ello puede suceder que se cumplan las exigencias temporales en cuanto la proposición se realice en los escritos de calificación y se reitere al tiempo del inicio de las sesiones del juicio oral, pero en cuanto a las formales: designación nominal de testigos y peritos, con expresión de sus nombres, domicilios e indicación si deben ser o no citados judicialmente, no se cumplan de forma adecuada, y el juicio de admisión de pruebas debe iniciarse por la constatación del cumplimiento de tales requisitos. Así la STC 52/98 precisa que "el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las Leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerda no podrá reputarse lesiva del art. 24.2 CE.", y la STS 28-1-94, que "es condición sine qua non para reclamar el derecho a la prueba que ésta esté procesalmente propuesta en forma, lo que requiere, cuando de testigos se trata, identificarlos en forma precisa y señalar el lugar en que el Tribunal debe citarlos".

No obstante lo anterior, como dice la STS. 1070/2004, de 24-9, caso de que la proposición de prueba se plantee en forma defectuosa, ello no tiene que suponer inevitablemente la exclusión de la prueba propuesta. El incumplimiento de los requisitos estrictamente formales debe procurar la aplicación por el Tribunal de la regla contenida en el art. 11.3 LOPJ procurando que la parte subsane el defecto o defectos en la proposición.

La doctrina constitucional al respecto resulta de todo punto uniforme: La STC 36/97, de 27-2, explica "según reiterada jurisprudencia constitucional, el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el acceso a la jurisdicción, es decir que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental, si bien la interpretación procesal del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio "pro actione" que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (STC 120/93, 40/96).

En similar sentido la STS 5-7-99 dice: en el supuesto de autos, el Tribunal "a quo" no dio oportunidad al recurrente para subsanar el defecto en la pericia (o testifical) infringiendo el art. 11.3 LOPJ. En efecto, por un lado el art. 656 LECrim. no prevé como sanción procesal, para el incumplimiento de sus disposiciones, la pérdida del derecho a valerse de la prueba pericial o testifical. Por otro, la omisión del nombre y domicilio del perito es de carácter formal, y por lo tanto, la pretensión de la defensa no debía ser desestimada, sin antes dar la oportunidad de subsanar el defecto". Criterio reiterado en la STS 107/2002, de 1-2.

En consecuencia cabe concluir respecto a la exigencia en el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 656 LECrim., que la omisión, de alguna de las circunstancias que allí se exigen, en orden a la proposición de peritos y testigos, no puede acarrear de manera automática la inadmisión de la diligencia de prueba, sino que, el Tribunal debe advertir al proponente para que subsane el defecto advertido en un plazo razonable.

Ahora bien tratándose de prueba testifical, ante la denegación de su admisión y correlativa decisión de no suspensión del juicio oral, es necesaria no solo la protesta (arts. 786 y 884.4, 5 LECrim.), sino hacer constar las preguntas siquiera sea de modo sucinto, que quien la propone pretendía dirigir al testigo, consignando los extremos de dicho interrogatorio, con la finalidad de que, primero, el Tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta (SSTC 116/83, de 7-12; 51/90, de 26-3; SSTS 28-12-91; 14-11-92; 11-9-98). Si bien este requisito no juega con la misma intensidad en uno casos y otros, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que pueda deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente la valoración de la decisión judicial (SSTS 136/2000, de 31-1; 1653/2000, de 26-10; 609/2003, de 7-5; 1259/2004, de 21-12).

1.4. Proposición de pruebas en el sumario ordinario.

Respecto a las exigencias temporales el proceso penal como todo proceso que se integra por una relación ordenada de fases aparece regido por el principio de preclusión, tal principio no tiene un fin en si mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental para permitir la sucesión de fases bajo los principios, entre otros, de igualdad e interdicción de la indefensión.

En los que se refiere a la proposición de pruebas, es claro que el momento previsto en lo que se refiere al sumario ordinario, está constituido por el escrito de conclusiones provisionales –arts. 650 y especialmente el art. 728 LECrim.– pero ello no ha sido entendido como tal interdicción de presentar prueba extramuros del escrito de calificación provisional.

En efecto, como recuerda la STS 1060/2006, de 11-10, una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al de calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos –obvios– de que esta nueva proposición de pruebas no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes (STS 13-12-96), posibilidad admisible, por ejemplo, en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal y
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

Se trata, se insiste, en la STS 1060/2006, de 11-10, ya citada, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793-2º de la LECrim., actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997, de 25 de enero de 1999:

“... El art. 793-2º de la LECrim. –actual 786.4– permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.
- e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....”.

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

Sobre si ésta posibilidad es aplicable al sumario ordinario, la STS 94/2007, de 14-2, insiste en dar una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones:

- a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECrim. en la Ley con fecha de 14 de septiembre de 1882.
- b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento –sobre todo en material criminal– será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.
- c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 o la 2/98, de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

En definitiva como se lee en la STS de 29-9-98: “al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos etc... e incluso proponer otras que las desvirtúen”.

1.5. Proposición de pruebas, art. 729 LECrim.

Como regla general, el art. 728 LECrim prohíbe que se practiquen otras diligencias de prueba que no sean las propuestas por las partes, ni que se examinen otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, pero el art. 729 LECrim., como recuerdan las SSTS 439/2013, de 22 de mayo; 413/2015, de 30 de junio; 641/2017, de 28 de septiembre; 392/2018, de 26 de julio).

Establece tres excepciones ha dicho principio. Pueden realizarse también, apartado 1º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre estos, que el Presidente acuerde de oficio,

o a propuesta de cualquiera de las partes. Apartado 2º) que cita el recurrente. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación, y en el apartado 3º) más aplicable al presente caso. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles”.

Puede discutirse –continúa diciendo la STS 439/2013–, si la denegación de una petición canalizada a través del art 729.3º LECrim. es susceptible de casación. La dicción del art. 850.1º concuerda con los términos del art. 659 LECrim., que habla de la necesidad de admitir todas las pruebas que sean pertinentes, y arbitra la posibilidad de recurso cuando se denieguen. Previsiones semejantes no se encuentran en el art. 729.3º. En éste, además, ya no se habla de “pertinencia”, sino que parece abrir paso a una mayor discrecionalidad del Tribunal: “si las considera admisibles”.

Es bastante pacífico entender que las decisiones adoptadas al amparo de los números 1 y 2 del art. 729 LECrim. no son revisables en casación.

En relación al art. 729.3 LECrim. se ha abierto paso una solución más favorable a la posibilidad de supervisar esa decisión por este Tribunal, aunque sin perder de vista ese mayor nivel de “discrecionalidad” que concede la Ley a la Sala de instancia.

La STS 276/2012, de 2 de abril, analiza los antecedentes jurisprudenciales sobre esta cuestión pronunciándose por la apertura a la revisión casacional de esa facultad:

“...se alega que la Sala sentenciadora de instancia debió suspender el juicio oral para practicar una sumaria instrucción, al amparo de lo autorizado en el art. 729.3º... Dicho precepto permite practicar excepcionalmente «las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

El ejercicio por el Tribunal de las facultades que le otorga el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede, en efecto, ser objeto de control casacional, como hemos dicho en nuestra Sentencia de 6 de julio de 2000, y reiterado en la STS 306/2003, de 4 de abril. Ahora bien, las razones que expresa la Audiencia, en el sentido de que no existe motivo alguno para dudar de la veracidad de los testigos funcionarios policiales de aduanas, es suficiente para su denegación.

En este sentido, la STS 1100/2002, de 13 de junio, declara que el art. 729, en sus apartados 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECrim, vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de Justicia. Para la doctrina actual, es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala –como recordaba la STS 1186/2000, de 28 de junio– ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECrim. puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECrim., por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la LECrim. Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1992, 2709/1993, también de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 4 de noviembre de 1996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1998, 7 de abril y 15 de mayo de 1999).

La incorporación tardía de las pruebas, sin embargo, sólo es posible si el Tribunal «las considera admisibles» según expresión del propio art. 729.3º; y en este caso, fundadamente estimó que no lo eran”.

La doctrina sobre esta cuestión y en relación en exclusiva del art. 729.3 puede articularse en tres puntos:

- a) La denegación de una diligencia de prueba propuesta al amparo del art. 729.3 puede revisarse en casación vía art. 850.1 LECrim siempre que se haya verificado la oportuna protesta *in actu*.
- b) Esa revisión solo será posible si la prueba se ajustaba estrictamente al presupuesto previsto en el art. 729: ha de ser “prueba sobre la prueba” (que tienda a corroborar o desacreditar el valor de las declaraciones de un testigo y no a introducir hechos distintos: ha de estar vinculada a otra prueba), y que se ofrezca en ese momento por alguna de las partes. Por “ofrecer” ha de entenderse no solo la proposición sino también la posibilidad de practicarla en el acto (un documento que se entrega en el acto, o un testigo no propuesto que está en estrados). “Ofrecer” implica la aportación en ese momento. No es factible la suspensión del juicio oral que solo procedería, en su caso, ante revelaciones o retractaciones inesperadas (art. 746.6 LECrim.).
- c) Que concurren los demás requisitos que condicionan la proporcionalidad de un motivo por el cauce del art. 850.1 LECrim., en el bien entendido de que deberá ser muy superior el rigor al enjuiciar la necesidad de esa prueba, en la medida en que la ley deposite un mayor margen de discrecionalidad, como se ha razonado, en el tribunal de instancia.

2. Denegación de preguntas (art. 850.3 y 4 LECrim.)

El art. 859 en sus apartados 3º y 4º se refiere a lo que con carácter genérico podemos llamar “denegación de preguntas cuando fueran pertinentes. El número 3 se refiere a que el Presidente del Tribunal se niegue a que el testigo conteste a la pregunta o preguntas cuando éstas sean pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. El número 4 contempla las preguntas denegadas por capciosas, sugestivas e impertinentes, cuando no lo sean y tuviesen verdadera importancia para el resultado del juicio.

Se discute si como el número 3 art. 850 se refiere sólo a los testigos es también extensible a una pregunta hecha a un perito. En principio no hay razones que impidan una aplicación extensiva, máxime cuando el número 4 del mismo precepto se refiere a preguntas sin especificar a quien van dirigidas, por lo que sería incluíble la denegación de preguntas realizadas a un perito por capciosas, sugestivas o impertinentes, tal como las STS 1323/2009, de 30-12, acordó en relación a una pregunta a un perito sobre si la inexistencia de huellas en el lugar de los hechos acreditaba la no participación del acusado.

En todo caso, tal como recuerda la STS 379/94, de 26-2, es necesario que conforme al art. 709 LECrim., se formule la correspondiente protesta y se hagan constar la o las preguntas que se formularon y fueron denegadas para poder interponer el posterior recurso ante esa decisión que prohíbe contestar. La defensa puede y debe constatar antes de la firma del acta del contenido de la misma y oponerse a ella ejecutando su derecho a que las preguntas denegadas y las protestas correspondientes sean documentadas en la misma.

Una pregunta es “impertinente” cuando no tiene relación con el tema debatido.

La pregunta es “capciosa” -dicen las STS 470/2003, de 2-4; 160/2005, de 14-2; 77/2007, de 7-2; 673/2007, de 19-7, cuando en la forma en la que se plantea resulta engañosa, tiende a confundir al testigo y a provocarle una respuesta sobre sus razones íntimas para actuar como actuó que resulta contradictorio con su testimonio como víctima profundamente afectada por el hecho delictivo sobre el que declara.

La pregunta es “sugestiva” porque indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. No se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogatorio plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados, sugiriendo

el asentimiento como única respuesta racional, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener.

Por último, es importante resaltar que no basta que una pregunta sea declarada pertinente –y provoque la estimación del recurso– por la concurrencia de una relación directa entre la pregunta y el objeto del juicio, sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y en consecuencia, causalidad de las preguntas en relación con el sentido del fallo, debiendo apreciarse globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal (STS 1125/2001, de 12-7). Pues en la decisión del recurso de casación “lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase “manifiesta influencia en la causa” que se contiene en el art. 850-3, o la de “verdadera importancia para el resultado del juicio” a que se refiere en n. 4 de igual artículo (SSTS 1323/2009, de 30-12; 1064/2005; de 30-9; 2612/2001, de 4-12).

La STS 470/2003, de 2-4, en relación a la declaración de impertinencia de unas preguntas, recordó: “las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El interrogatorio de los testigos se encaminan a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiéndose declarado reiteradamente por el TC y TS que la práctica de la prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente así como lo que era inútil o pernicioso.

El Juez o Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que interviniesen los resultados de la prueba. La protección de las víctimas y de los testigos, es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Por ello, es doctrina de esta Sala de lo Penal del TS, que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos constitucionales de la víctima y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución Española, al indagar de modo innecesario y abusivo, acerca de anteriores relaciones sexuales de la víctima del hecho.

Y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no sólo el derecho fundamental a la intimidad de las víctimas deber ser tutelado en un interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al art. 10 de nuestra constitución.

Formular a la víctima de un abuso sexual una pregunta en términos si prefiere ver a su agresor a mojarse bajo la lluvia, constituye una trivialización de un dolor y de sus motivaciones personales que afecta manifiestamente a su dignidad. Es claro que la decisión de la víctima de acceder a un local público pese a conocer que en él se encontraba su agresor puede deberse a otras razones más honrosas y plausibles, como la valentía, el deseo de olvidar lo ocurrido, la voluntad de no permitir que el agresor le arrebate además su entorno y su vida social, etc. Pero, en cualquier caso constituye motivaciones íntimas que resultan ajenas al proceso.

Al preguntar el letrado de la defensa acerca de unas motivaciones íntimas y no de unos hechos, y al formular la pregunta en términos ofensivos y que trivializaron el daño ocasionado, afectando a la dignidad de la víctima, es claro que se aparta de sus deberes de defensa y el Presidente del Tribunal debe, como así hizo, declarar impertinente la pregunta”.

3. Predeterminación del fallo (art. 851.1 LECrim.)

El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial, por todas SSTS 414/2016, de 17 de mayo; 194/2018, de 24 de abril.

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable –dice la STS 401/2006, de 10-4–, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS 28-5-2002). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el “factum” en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003, de 21-3, 249/204, de 26-2, 280/2004, de 8-3, 409/2004, de 24-3, 893/2005, de 6-7).

En esta dirección la STS 7-11-2001, nos dice: “En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica –imprescindible– sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados”.

Igualmente es frecuente como recuerdan las SSTS 253/2007, de 26-3; 702/2006, de 3-7 y 1328/2001, de 5-7, que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS 140/2005, de 2-2, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado dicho elemento.

4. Incongruencia omisiva (art. 851.3 LECrim.)

“cuando no se resuelva en ella -la sentencia- sobre todos los preceptos que hayan sido objeto de la acusación y defensa”.

Respecto a este vicio in iudicando, también denominado “fallo corto”, la jurisprudencia, SSTS 1290/2009, de 13 de diciembre; 721/2010, de 15 de octubre; 1100/2011, de 27 de octubre; 601/2013, de 7 de octubre; 627/2014, de 7 de octubre; 338/2015, de 2 de junio; 912/2016, de 1 de diciembre; 366/2017, de 3 de mayo; 682/2017, de 18 de octubre; 292/2018, de 18 de junio; 338/2018, de 5 de julio, tiene dicho que aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS 170/2000, de 14-2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000, de 8-2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS 636/2004, de 14-5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS 161/2004, de 9-2).

4.1. Las condiciones para que pueda apreciarse este motivo son:

- 1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.
- 2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

- a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC 15-4-96).
 - b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/93; TS 9-6 y 1-7-97).
- 3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS 24-11-2000; 18-2-2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas “cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS 1095/99, de 5-7, entre otras).

4.2. Posibilidad de subsanación vía complemento aclaración de sentencia

Esta Sala a partir de las sentencias 841/2010, de 6 de octubre y 922/2010, de 28 de octubre, ha mantenido el criterio expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, de 20 de mayo; 444/2015, de 26 de marzo y 134/2016, de 24 de febrero, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la LOPJ dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo: “...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim., introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido inicián-

dose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado “efecto ascensor”). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011, 23 de noviembre, 1073/2010, 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim.”.

Quien ahora lamenta el silencio del Tribunal *a quo* a la hora de dar respuesta a sus pretensiones, no reaccionó en el momento de la notificación de la sentencia combatida ni hizo valer el expediente que ofrece el art. 267.5º de la LOPJ.

En definitiva como recuerda la STS 307/2013, de 4 de marzo, “Dada la excepcionalidad del recurso de casación y sin perjuicio de ponderar en cada caso concreto la relevancia constitucional de la omisión en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, está fuera de toda duda que aquellos errores puramente formales, subsanables mediante la simple alegación ante el tribunal *a quo*, habrán de hacerse valer por medio del expediente acogido por el art. 267.5 LECrim. La alegación tardía en casación puede exponer otros derechos fundamentales, de similar rango constitucional al que se dice infringido, a un injustificado sacrificio, mediante la retroacción del proceso a un momento anterior con el exclusivo objeto de subsanar lo que pudo haber sido subsanado sin esfuerzo ni dilación alguna.”

No obstante la STS 922/2010, de 28 de octubre, sí precisó que este cauce casacional no es susceptible de aplicación a todos los supuestos de incongruencia omisiva. Pensemos en aquellos en que la omisión sea denunciada por el acusado y se refiera a pronunciamientos sobre pretensiones principales relacionadas con la concurrencia de algún elemento del tipo penal o circunstancias eximentes o atenuatorias de la responsabilidad criminal o desde el prisma de la acusación, cuando la sentencia no se pronuncie sobre la existencia de un delito cuya imputación conste en el escrito de calificación, supuestos en los que los derechos a la tutela judicial efectiva y acceso a los recursos prevalecerán sobre el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones y a que la causa se resuelva en un plazo razonable.

5. Principio acusatorio (art. 851.4 LECrim.)

“Cuando se pena un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación si el tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733”.

Este motivo de casación es consecuencia de la vigencia en nuestro sistema del principio acusatorio, el cual se proyecta, entre otros aspectos, en que no puede condenarse por delito distinto a aquél que fue objeto de la acusación. Principio acusatorio, cuya infracción puede también denunciarse por vulneración de principio constitucional, art. 24.2, derecho fundamental al proceso debido y a conocer la acusación.

5.1. Delimitación de la acusación. Conclusiones definitivas

La jurisprudencia de esta Sala Segunda, por todas STS. 203/2006 de 28.2 – admite la posibilidad de modificación de las conclusiones provisionales y considera que no se ha infringido el principio acusatorio básico del proceso penal, porque éste, lo que impide es que se traspasen los límites de la acción, que queda acotada, en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el art. 732 LECrim. para el procedimiento ordinario y por el art. 788.4 para el abreviado, en el

que, manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de delito cometido y grados de ejecución, pero ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fuesen las provisionales las que acotasen los términos del debate (SSTS 1436/98, de 18-11; 7-6-85).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo –sentencia, entre otras, 609/2007, de 10-7– que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (ahora art. 788.4) y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC 19-2-87, 16-5-89, 284/2001, de 28-2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio de congruencia del fallo (SSTS 7-9-89, 30-6-92, 14-2-94, 1/98, de 12-1 y STC 13-2-2003).

En esta dirección la STC 228/2002, de 9-12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que impongan una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien –como dice la STS 1185/2004, de 22-10– tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim., en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim.).

Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art 746.6 en relación con el art. 747 LECrim.).

Con mayor precisión la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que “cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes”. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa sí, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim. se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello

una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas y le haya sido denegada, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la práctica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de práctica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (STC 13-2-2003).

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC 141/86, de 12-11; 11/92, de 27-1; 278/2000, de 27-11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC 20/87, de 19-2; 17/88, de 16-2).

Si el defensor del acusado estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al art. 793.7 (art. 788.4), solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo.

En esta dirección la STS 295/2012, de 25-3, recuerda que el Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero), ha señalado que las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que supongan una calificación distinta o más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación (principio acusatorio), pues *si el órgano judicial se ciñe a la acusación formulada en la calificación definitiva, se ha respetado tal principio*.

En cualquier caso, está prevista la suspensión del juicio oral a instancia de parte. En efecto, el art. 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *«cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas»*. Y el propio fundamento a la agravación, es la constatación de una tesis alternativa por las acusaciones.

En efecto la STS 1185/2004, de 22-10, perfila con carácter general las relaciones entre el derecho de defensa y el principio acusatorio en relación con el trámite procesal de la modificación de conclusiones, delimitando los recursos de la defensa ante una posible modificación de conclusiones: suspensión del juicio oral por la vía del art. 733 ó 746. Y en la STS 5-12-2005 puede leerse: "... carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 LECrim. -actual 788.4-, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SSTC de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse

contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 788.4 LECrim., “cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos... el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones, y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes...”.

- a) Por tanto en cuanto a los elementos jurídicos de la calificación cabe cualquier tipo de alteración, que en principio, no supone mutaciones del objeto del proceso pues éste no viene constituido por un delito concreto y determinado, ni por una calificación jurídica, sino por un suceso o acontecimiento. Se trataría de puras modificaciones jurídicas que arrancan del mismo relato fáctico contenido en la calificación provisional, con la excepción de aquellas modificaciones que pretendan introducir un tipo penal que haya sido rechazado previamente por una resolución judicial firme -por ejemplo auto apertura juicio oral (STS. 860/2008, de 17-12).
- b) En cuanto a la variación de los elementos fácticos, como primer criterio de carácter general y pacífico, puede afirmarse que no es posible la alteración subjetiva, entendida como la introducción de nuevos responsables penales o civiles.

En el otro extremo las simples variaciones que no comportan una modificación sustancial del hecho son admisibles sin límites, así como las que no conlleven una mera calificación jurídica. El supuesto que se presta a mayor controversia es el de la introducción de nuevos hechos en las conclusiones con la correlativa introducción de nuevas tipologías penales, dado que el art. 788.4 solo contempla variaciones jurídicas de la calificación provisional pero no alteraciones de los hechos. Algún autor ha querido encontrar ahí un argumento legal para negar la posibilidad de introducir hechos nuevos, pero aunque el precepto no se refiere explícitamente a la modificación de los hechos, resulta evidente que las alteraciones expresamente previstas vendrán acompañadas normalmente, de un previo cambio en los hechos, mutación, que por tanto, implícitamente está contemplada en la norma.

Si se trata de hechos que hasta ese momento no habían sido en modo alguno objeto de investigación, sin que hubiera la más mínima referencia a ellos en el proceso, en principio, la respuesta a la cuestión de si se pueden introducir esos nuevos hechos -y correlativos nuevos delitos- en el trámite de calificación definitiva, habría de ser negativa, pues admitir esa posible modificación supondría una alteración sustancial del objeto del proceso. Esa entrada en el proceso en sus últimos estadios de hechos nuevos en su integridad, comportaría privar a la defensa de la fase de investigación y con ella, de todas las posibilidades defensivas que se establecen también en esta fase.

5.2. Alcance del principio

El principio acusatorio, tal como la jurisprudencia ha precisado (SSTS 609/2002, de 10-10; 368/2007, de 9-5 y 279/2007, de 11-4, exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir “en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación” (SSTC 134/86 y 43/97). El TS por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que” el sistema acusatorio

que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado”, de ahí que “la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse “(STS 7-12-96); y que “el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (STS 15-7-91), “los hechos básicos de la acusación constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa” (SSTS 8-2-93; 5-2-94 y 14/2/95). En suma, como se precisa en s. 26-2-94, es evidente: “a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento “contra reo” de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculcado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado”.

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal con una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SSTC 54/85, de 18 abril y 17/89, de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado TC, el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto –s. 44/83, de 24 de mayo–. Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan –SS 14/86, de 12 noviembre; 17/88, de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero– y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos –s. 170/90, de 5 noviembre–. También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4-11-86, 21-4-87 y 3-3-89, teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias SS. 9/9/87; 8/5/89; 25/5/90; 18/5/92; 1824/93, de 14 julio; 1808/94, de 17 octubre; 229/96, de 14 marzo; 610/97, de 5 mayo; 273/98, de 28 febrero; 489/98, de 2 abril; 830/98, de 12 junio; 1029/98, de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS 669/2001, de 18 abril, es suficientemente esclarecedora al precisar: “ Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15-3-97 y 12-4-99, entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (STS 4-3-99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

5.3. Homogeneidad y heterogeneidad

Sin variar los hechos que han sido objeto de acusación es posible -respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado, es decir de la misma naturaleza y especie, aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada. A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal que entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito, posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995 son delitos o faltas “generalmente homogéneos” los que “constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse”. Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente las formas de comportamiento respecto de los que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia.

En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación “requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que “el mismo hecho señalado por la acusación, que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación”. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión “sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”. (STC 225/97, de 15-12).

STS 263/1994, de 14 de febrero, no infringe principio acusatorio la condena por delito continuado cuando la acusación apreciaba diversos delitos concretos; siendo delitos castigados en el mismo tipo y con efectos punitivos beneficiosos para el reo; SSTs 1094/2007, de 27 de diciembre y 180/2010, homogeneidad homicidio intentado y amenazas, STS 61/2009, homogeneidad detención ilegal y coacciones.

5.4. Principio acusatorio y pena impuesta más grave que la pedida por las acusaciones

La línea mayoritaria y tradicional del TS y TC venía admitiendo que el Tribunal podía imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites establecidos legalmente, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la ley no de las pretensiones de las partes y la individualización de la pena corresponde únicamente al tribunal y no la acusación, SSTs 6-6 y 21-10-88; 6-4 y 19-11-89, 11-11-91, 15-10-92, 788/99, de 14-3; 937/99 de 11-6 y Acuerdo Pleno no Jurisdiccional de 14-7-93 que admitió la “posibilidad de que se imponga una pena privativa de libertad de duración real superior a la pedida por las acusaciones, pero dentro de la señalada por la ley al delito y siempre que se motive esa discrepancia”.

Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al “petitum” de las partes, sino sólo por el objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un “crimen, sino un “factum”, que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia”, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal.

No obstante un sector doctrinal, se dice en la STS 1426/2005, de 1-12, ya entendió que tal decisión podía infringir el principio acusatorio al actuar el tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza una defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal, y ello dio lugar a que la Sala Segunda realizase una interpretación del art. 789.3 LECrim., en la sentencia 1319/2006 de 12-1-2007, entendiendo que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por “cosa” no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica” (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de

los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 794.3), que para el *ámbito del procedimiento abreviado*, como es el caso, establece: “... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...” Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.

Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (ad exemplum, STC 278/2000, de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque “siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto”, “los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...”, y desde luego, sin descender a la “arena del combate”. Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Manuel Alonso Martínez. Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha “arena”, frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más acusatorio que otro.

Postura seguida en las STS 393/2007, de 27-4; 504/2007, de 28-5, y la STC 155/20009, de 25-6 que en un caso de condena a la pena de localización permanente cuando el Fiscal había pedido multa, declaró que no se respetaba la correlación entre la acusación y el fallo con vulneración de los hechos de defensa y a un proceso con todas las garantías.

5.5. Principio acusatorio y pena procedente omitida por las acusaciones

La cuestión difiere del supuesto anterior puesto que en éste se trataba, en realidad, de una inaceptable corrección “al alza” de las pretensiones formuladas por la Acusación, mientras que en el presente sólo se lleva a cabo la corrección de una evidente omisión involuntaria, en el que la acusación estructura erróneamente la vertiente punitiva de modo que no solicita la aplicación de una pena que el legislador prevé para el comportamiento delictivo.

En este caso la doctrina tradicional no vio inconveniente alguno para “suplantar” (o si se quiere “subsanan”) la actuación de las acusaciones y además la pena a las postuladas pro la ley, si se consideraba un simple olvido de aquéllas.

En esta dirección el TC declaró en sentencia 163/94, de 4-10: “la que imposición de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de acusación y que no fue pedida por error por el M.F., no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse el tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el tribunal motivó la razón por la que imponía la pena (SSTC 59/2000, de 13-3; 75/200, de 27-3; 76/20000, de 27-3; 92/2000, de 10-4; 122/2000, de 16-5; 139/99, de 29-5; 221/2001, de 31-10); pena forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación. SSTC 17/88, de 16-2; 43/97, de 10-3; ATC 377/87, de 25-3), y que se impuso en su grado mínimo.

Por tanto, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al tribunal sentenciador en base al principio de legalidad, y la imposición de la pena, en su mínima extensión, no necesita ser motivada, porque no es sino una consecuencia legal.

Criterio que prevaleció en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del 27-11-2007 que volvió a examinar el alcance del principio acusatorio respecto a aquellos supuestos en los que se omite por la acusación la pena mínima prevista por la ley, y adoptó el siguiente acuerdo: “El anterior acuerdo de esta Sala, en fecha 20-12-2006, debe ser entendido en el sentido de que el tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponde con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando al pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.