

JUECES *para la* DEMOCRACIA

SUGERENCIAS A LA PONENCIA DE REFORMA LECRIM XXI CONGRESO

A) En cuanto al recurso de apelación o generalización de la doble instancia.

El modelo de apelación contenido en la ponencia se ajusta esencialmente al Proyecto de Ley Orgánica en que se generaliza la doble instancia y consiste en un modelo perfectamente coherente en que desaparece la posibilidad de impugnación por error en la apreciación de la prueba y se explicitan los motivos de impugnación cuales son la infracción de la presunción de inocencia, infracción de las garantías procesales e infracción de las normas constitucionales o legales. Ello hace que dicho recurso de apelación pase a convertirse en realidad en un recurso extraordinario y a que su ámbito o alcance coincida prácticamente con el actual recurso de apelación en las causas de Jurado y la actual llamada <casación ampliada>- salvo en los supuestos tasados de prueba en segunda instancia que autoriza el art. 790.3 Lecr.-, que se caracteriza porque su objeto alcanza inclusive al juicio del tribunal de instancia sobre la prueba, y en particular, a su respeto de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos (criterio racional del art. 717 LEcr.) así como a la legalidad de las pruebas en las que se funda el fallo (art. 5.4 LOPJ, leído conjuntamente con el art. 24.2 de la CE, extensión via art. 9.3 de la CE (interdicción de la arbitrariedad) del concepto de <ley sustantiva> o infringida o directamente por aplicación del art. 24.2 CE). Hace casi dos décadas- desde la STS de 19.1.1988- que la interpretación del artículo 849.1 de la LECrm. ha dejado de ser restrictiva y el art. 849.2 de la misma ley ya no es el único caso en que el Tribunal Supremo puede controlar los hechos probados. La jurisprudencia el TS ha abandonado desde hace mucho tiempo la antigua idea de que el principio in dubio pro reo no permite fundamentar el recurso de casación y admite que cabe la casación de la sentencia cuando el tribunal que ha dudado ha condenado a pesar de la duda.

El nuevo recurso de apelación coincidente con el recurso de apelación del Jurado y con la casación ampliada tendría sentido frente a un nuevo recurso de casación de unificación de doctrina, pues de lo contrario coexistirían dos recursos con diferente nomen pero de igual contenido.

El problema es que dicho modelo de <casación ampliada> ha sido cuestionado por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (así vide a título de ejemplo Comunicación Nº 701/1996, de 20 de julio de 2000 relativa al caso “Gómez Vázquez versus España”) que exige una **revisión íntegra del fallo condenatorio y de la pena impuesta.** (apartado 11.1)

El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España sin ninguna declaración de excepción, establece que: *"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"*

La cuestión está en descubrir qué quiere decir el Comité de Derechos Humanos- que ha condenado ya en varias ocasiones a España- cuando se refiere a la posibilidad de una "revisión íntegra".

Parece que ante las condenas a España, lo que pretende el CDH es que tenga lugar una revisión efectiva no sólo de la aplicación de la ley sino también de los hechos.

Y aquí se plantea la cuestión de si el recurso de apelación deseable a la vista del Comité de Derechos Humanos es aquél que permite la revisión de los hechos por una instancia superior, un recurso ordinario en que quepa como motivo de impugnación el error en la apreciación de la prueba.

Éste parece ser el modelo del Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de doble instancia penal en la versión de 14/7/2005 CM 15/2005.

Pero el problema que se suscita es claro. ¿ Puede el Tribunal superior o de apelación alterar el relato de hechos probados derivado de pruebas personales- testificales, declaraciones de los imputados- sin contar con la intermediación?

Las SSTC 167/02 de 18.9.02 y las sucesivas 170/02 de 30.9.02; 197/02 de 28.10.02; 198/02, 200/2002 de 28 de octubre de 2002 etc. han dejado muy claro que al menos en el supuesto de las sentencias absolutorias fundadas en pruebas personales el tribunal de la apelación no puede revisar el relato de hechos probados porque no tiene la intermediación, que sí tiene el juez de la primera instancia, considerando el principio de intermediación como un principio integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE (en el derecho anglosajón también se niega en el supuesto de sentencias absolutorias un nuevo enjuiciamiento- non double judgement-).

Ante ello podría alegarse que al menos en el caso de sentencias condenatorias, el tribunal de apelación podría alterar el relato de hechos probados derivados de pruebas personales en base a la grabación del juicio en soporte electrónico- hoy DVD- que permite conocer las declaraciones de los testigos, peritos e imputados, a diferencia del acta suscita – incompleta- y frecuentemente casi ilegible del Secretario/a.

En tal caso, podría decirse que el Tribunal superior o de apelación contaría con una <intermediación de segundo grado>, suficiente para alterar el relato de hechos probados. Ahora bien, sería exigible que mejorara notablemente la calidad de grabación de la imagen, de modo que se pudiera ver con nitidez la mirada de los testigos e imputados así como sus gestos, lo que supongo que

técnicamente debe de ser posible. En tal caso las diferencias entre la inmediación del juez de instancia y la inmediación secundaria del juez de la apelación apenas serían constatables, serían muy reducidas en contraste con los beneficios de poder revisar el tribunal de la apelación los hechos de las sentencias condenatorias, cuando lo que está en juego es la inocencia o culpabilidad de una persona. En mi opinión, el problema de la inmediación quedaría resuelto, aunque no debe confundirse la inmediación con la contradicción.

Ésta es una cuestión sobre la que todavía no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

El recurso de apelación, en mi criterio, debe ser limitado (art. 790.3 LEcr) Así se dice que la gran diferencia entre el recurso de apelación limitado y la casación ampliada se encuentra en la inmediación de que dispone el Tribunal de apelación cuando se practica prueba en segunda instancia en los supuestos admitidos por la Lecr.

. La experiencia negativa de Alemania donde existe el recurso de apelación plena con repetición en la segunda instancia de las pruebas practicadas en primera instancia, enseña que no puede aceptarse la repetición del juicio, pues entonces el verdadero juicio es el de la segunda instancia, y el paso del tiempo hace que la memoria de los testigos e imputados se reduzca.

Una solución alternativa- de no aceptarse que la grabación en soporte electrónico sea suficiente para la alteración del relato de hechos probados derivados de pruebas personales- es la ofrecida por Enrique Bacicalupo, según el cual en lo que se refiere a la prueba pericial podría autorizarse por la ley a repetirse en segunda instancia sólo en los casos en los que el tribunal de apelación tuviera necesidad de una mayor información; y en lo que se refiere a la prueba testifical, la más problemática, <debería admitirse su repetición puntual, aunque la procedencia de la misma debería ser objeto de una admisión o, en su caso, una inadmisión motivada, por parte del tribunal de apelación. La propuesta de repetición de la prueba, en consecuencia, debería ser fundada por el recurrente indicando la relevancia jurídica de la repetición, es decir, demostrando su necesidad para la modificación del fallo que persigue. El fundamento de la solicitud, por lo tanto, debería poner en todo caso en relación la necesidad de repetición de la prueba con la subsunción del hecho que es combatida en el recurso. En todo caso, las partes podrían renunciar a la reproducción de las declaraciones testificales> (vide “ Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada “doble instancia”) en Actualidad Penal, La Ley-Actualidad año 2002 p.14).

Si examinamos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos encontraremos que en la sentencia del caso Ekbatani S. 26.05.88, se declaró que se había vulnerado el art. 6.1 del Convenio Europeo al no haberse oído la causa con justicia públicamente en segunda instancia, al no permitir el Tribunal de apelación una celebración de vista en segunda instancia con la repetición del testigo de cargo que había denunciado al Sr. Ekbatani -que resultó condenado en primera instancia-, que determinaría la inocencia o

culpabilidad del acusado.(vide BJC 1989-103). Vide también Caso Helmers contra Suecia S.29.10.91etc.

En conclusión:

El modelo de recurso de apelación de la Ponencia de Reforma de la LECr. es un modelo de apelación limitada, cercano a la actual casación ampliada, de la que se distingue en la posibilidad de práctica de pruebas que no se pudieron proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas al recurrente y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables al mismo- se añade el supuesto de nuevas pruebas ante nuevos hechos-, en que sí hay inmediatez y contradicción en segunda instancia en dichos supuestos.

Sin embargo, al excluirse como motivo de impugnación el error en la apreciación de la prueba, en sintonía con el Proyecto de Ley, se produce la duda de si este modelo es ajustado al art. 14.5 del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al menos desde la óptica del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

B) En cuanto al recurso de casación.

A mi entender, y ello es opinión bastante generalizada entre los Magistrados del Tribunal Supremo, el recurso de casación en lo que se refiere al art. 847 a) del Proyecto que establece:”*Procede el recurso de casación contra: las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en causas seguidas por delito, en que se hubiere impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente superen los tres años*”, debería estructurarse no en base a la sentencia en concreto- con aplicación de las eximentes o atenuantes, etc.- sino en base a la pena abstracta señalada por la ley, para evitar así que el Tribunal de la segunda instancia pueda evitar el recurso de casación de unificación de doctrina mediante la imposición de una condena privativa de libertad en concreto inferior a tres años.(lo mismo en cuanto al Fiscal que puede solicitar penas privativas de libertad iguales o inferiores a tres años).

A mi me hubiera gustado más que el ámbito del recurso de casación abarcara un mayor número de delitos en que la unificación de doctrina también se hace necesaria.

CARLOS MIR PUIG
Magistrado (Sec. 8 AP Barcelona)