

## **EL CASO SERRANO CONTRERAS II COMO DESENCUENTRO JUDICIAL**

### ***THE SERRANO CONTRERAS II CASE AS JUDICIAL DISAGREEMENT***

Ignacio Álvarez Rodríguez\*

**RESUMEN:** El presente artículo es un estudio crítico de la sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el asunto Serrano Contreras nº 2 c. España, de 26 de octubre de 2021.

**PALABRAS CLAVE:** Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Constitución; España.

**ABSTRACT:** This article is a critical study of the damning judgment of the European Court of Human Rights in the Serrano Contreras case No. 2 c. Spain, of October 26, 2021.

**KEYWORDS:** European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; Constitution; Spain.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. CRONOLOGÍA DEL DESENCUENTRO. 1.1. Hechos, recursos y sentencias. 1.2. El asunto Serrano Contreras I. 1.3. El asunto Serrano Contreras II.—2. GESTACIÓN DEL DESENCUENTRO. 2.1. Bosquejo ge-

---

\* Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional (Acreditado a Titular de Universidad), Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: [ialvarez1@ucm.es](mailto:ialvarez1@ucm.es). ORCID ID: 0000-0001-6873-7269. El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro

neral de las condenas. 2.2. ¿Nuevos horizontes?—3. VALORACIÓN PROSPECTIVA DEL DESENCUENTRO. 3.1. Acciones acometidas por el Poder Ejecutivo. 3.2. Políticas normativas del Poder Legislativo. 3.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—3. CONCLUSIÓN.—FUENTES CITADAS.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo es un comentario a la sentencia de condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada el 26 de octubre de 2021 en el *asunto Serrano Contreras II c. España* (en adelante, *Serrano Contreras II*). A tal fin se esboza, en primer término, una breve cronología de los hechos acaecidos. En segundo lugar, se aborda la fundamentación desplegada por el TEDH en dicha sentencia. En tercer lugar se pone en relación esta condena con el resto de las condenas dictadas por el mismo motivo contra España, pues es este un problema que viene de lejos. Finalmente, se ofrece una conclusión que resuma las principales tesis de fondo halladas en la investigación.

### 1. CRONOLOGÍA DEL DESENCUENTRO

La cronología viene marcada por los dos asuntos protagonizados por el Sr. Serrano Contreras ante Estrasburgo, primero con la sentencia convencional dictada en 2012 y posteriormente con la sentencia convencional dictada en 2021. Pero antes debemos referir tanto los hechos relevantes como los diferentes recursos y resoluciones judiciales que comprendieron.

#### 1.1. Hechos, recursos, sentencias

Mediante sentencia de 2003, la Audiencia Provincial de Córdoba absolvió al demandante de los delitos de estafa, falsedad en documento oficial y falsedad en documento mercantil. Tras recurrir en casación, el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 2005, declaró al demandante culpable de tales ilícitos sin haber celebrado vista previa. El demandante fue condenado a cuatro años de prisión y a abonar los daños y perjuicios pertinentes. En 2008, el demandante interpuso amparo internacional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por entender vulnerado su derecho al juicio justo establecido en el artículo 6.1 CEDH. Mediante sentencia de 2012, el TEDH consideró que, efectivamente, se había lesionado el precepto. Con esa resolución, el demandante interpone recurso de revisión ante el Tribunal Supremo y solicita de este la anulación de la sentencia de casación de 2005.

Mediante sentencia de 2015, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de revisión y anuló la condena del demandante respecto al delito de falsedad en documento oficial. En cuanto a su condena por estafa y falsedad en documento mercantil, desestimó el recurso de revisión del demandante.

Durante el proceso de revisión no se tomó declaración al demandante ya que se llevó a cabo íntegramente por escrito. El Tribunal Supremo no modificó la pena de cuatro años de prisión impuesta anteriormente. En cuanto a la condena del demandante por falsedad en documento oficial, el Tribunal Supremo señaló que en su sentencia de 2005 alteró los hechos probados, establecidos por la Audiencia Provincial de Córdoba, sobre la base de pruebas que no se examinaron durante la vista celebrada.

En 2015, el demandante instó un incidente de nulidad de actuaciones, ante el Tribunal Supremo, desestimado por este. En 2016 el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, pero este inadmitió a trámite la demanda, considerando que las argumentaciones y conclusiones del Tribunal Supremo en el procedimiento de revisión fueron razonables y de conformidad con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia en la materia.

Además, el Comité de Ministros del Consejo de Europa examinó las medidas propuestas y adoptadas por España para ejecutar la sentencia en *Serrano Contreras I*. Estas medidas individuales y generales, explicadas en los informes de actuación presentados por el Gobierno español en 2013 y en 2016 incluían para el caso particular del demandante el abono de la satisfacción equitativa concedida por el Tribunal, amén de la posibilidad de que el demandante interpusiera un recurso de revisión sobre la base de la constatación de la violación por parte del Tribunal y la publicación y difusión de la sentencia del Tribunal, así como otras medidas generales a nivel legislativo. En 2017, el Comité de Ministros, declaró concluida la supervisión del caso.

## 1.2. El asunto *Serrano Contreras I*

El 26 de octubre de 2021 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró vulnerado el art. 6 CEDH en el asunto *Serrano Contreras II*<sup>1</sup>. El principal motivo reside en el hecho de que, a su juicio, el Tribunal Supremo había

---

<sup>1</sup> Lo cual se suma a diversas condenas recaídas en torno a este precepto, el que más reproches merece al Reino de España en la jurisdicción convencional. En lo que hace al caso concreto aquí comentado, la saga comienza con el caso *Igual Coll*, de 10 de marzo de 2009, a la que han seguido las dictadas en *los casos Marcos Barrios*, de 21 de septiembre de 2010, *García Hernández*, de 16 de noviembre de 2010, *Almenara Álvarez*, de 25 de octubre de 2011, *Lacadena Calero*, de 22 de noviembre de 2011, *Valbuena Redondo*, de 13 de diciembre de 2011, *Serrano Contreras*, de 20 de marzo de 2012, *Vilanova Goterris y Llop García*, de 27 de noviembre de 2012, *Nieto Macero* de 8 de octubre de 2013 y, de la misma fecha, *Román Zurdo y otros*. Las condenas han continuado, como ilustran los casos *Sainz Casla*, de 12 de noviembre, de 2013; *Porcel Terribas*, de 8 de marzo de 2016; *Gómez Olmeda*, de 29 de marzo de 2016, *Atutxa Mendiola*, de 13 de junio de 2017; *Camacho Camacho*, de 24 de septiembre de 2019; *Pardo Campoy y Lozano Rodríguez*, de 14 de enero de 2021; *Serrano Contreras II*, de 26 de octubre de 2021; y *Centelles Mas y otros*, de 7 de junio de 2022. Puede verse el estudio de algunas de ellas en Álvarez Rodríguez, I; *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 64 y ss.

aplicado erróneamente la doctrina convencional sentada en la sentencia que resolvió el *asunto Serrano Contreras c. España*, de 2012 (*Serrano Contreras I*). Se impone, ante todo y en primer lugar, ofrecer un bosquejo de esta última resolución.

En 2012, el TEDH condena a España por vulnerar el artículo 6 CEDH, porque el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación sin respetar la garantía de inmediación. La Audiencia Provincial absuelve al Presidente del Consejo Rector de una cooperativa agrícola de los delitos de estafa y de falsedad en documento oficial y documento mercantil, a la luz de las pruebas practicadas, entre las que constaban diversas evidencias documentales y testificales (§ 6-11).

Se plantea recurso de casación contra la sentencia y el Tribunal Supremo lo admite a trámite y resuelve mediante sentencia de 2005, sin celebrar vista pública, condenando al susodicho. Para ello tiene en cuenta, entre otros hechos, una serie de pruebas documentales que estima válidas, aun reconociendo que no fueron llevadas a colación en el proceso de instancia (§ 12 y siguientes, especialmente el § 15). Además, recuerda que según la STC 167/2002, de 18 de septiembre, la prohibición de condena sin vista pública no es aplicable al recurso de casación, “en la medida en que este es un recurso extraordinario, no comparable al recurso de apelación examinado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias” (§ 19).

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien lo inadmite a trámite por carecer de relevancia constitucional (§ 20), planteando amparo internacional ante el Tribunal de Derechos Humanos alegando que se ha vulnerado su derecho a defenderse conforme a las garantías del artículo 6 CEDH, en concreto por condenarle sin vista pública y sin observancia de la garantía procesal de la inmediación (§ 21).

El TEDH aplica sin fisuras y explícitamente los criterios sentados en el *asunto Lacadena Calero* y condena a España por vulnerar el precepto (§ 31 y ss). Vuelve a incidir en el hecho de que “el Tribunal Supremo apreció la culpabilidad del acusado y calificó su comportamiento como constitutivo de los delitos anteriormente mencionados”, gracias a “un elemento de prueba que no se había examinado durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial, en concreto los informes redactados” (§ 36).

Según el TEDH las partes no tuvieron la ocasión de examinar los informes de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción dado que no se había solicitado su reproducción. Y sigue: “el hecho de que el Tribunal Supremo haya tenido en cuenta un medio de prueba que no había sido examinado por el tribunal a quo y que se convirtió en determinante para el establecimiento de la culpabilidad del demandante privó a este de la posibilidad de defenderse frente al mismo” (§ 36).

Estrasburgo señala que “(...) el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva interpretación jurídica del comportamiento del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que le concernían (...). Este elemento subjetivo

fue decisivo para determinar la culpabilidad del acusado. En efecto, tanto el delito de estafa como el de falsedad exigen que el acusado haya actuado de manera dolosa. Tras la celebración de un juicio oral en el que fue oído el demandante, la Audiencia Provincial consideró que no concurría este requisito subjetivo de los delitos en cuestión. El Tribunal Supremo, por su parte, concluyó que existía esa intencionalidad del demandante, y ello sin haber procedido a la valoración directa del testimonio del demandante, contradiciendo las conclusiones del tribunal de instancia, que había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.” (§ 37).

A juicio del TEDH, “el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le habían permitido determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento” (§ 38).

En definitiva, siguiendo al Juez de Estrasburgo, “el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (...)” (§ 39). Todo ello implica que el TEDH estime la vulneración del artículo 6.1 CEDH (§ 42).

Respecto a la satisfacción equitativa, el demandante reclama 830.000 euros por daños y 1.000.000 de euros por daños morales. El TEDH vuelve a “no apreciar relación de causalidad entre las violaciones constatadas y el daño material alegado y rechaza la solicitud presentada por este concepto”. En cambio, considera que el demandante sufrió daños morales cuya suma se establece en 13.000 euros (§ 66-68). En cuanto a los daños y perjuicios, el recurrente solicita casi 100.000 euros en concepto de costas, cantidad que el TEDH rebaja a 5.000 euros (§ 71).

Con esta sentencia condenatoria, el Sr. Serrano Contreras acude a la jurisdicción del Tribunal Supremo español, quien resuelve el caso en la STS 2493/2015, de 19 de mayo. En dicha resolución se aplica la doctrina convencional con resultado desigual: mientras que se le absuelve de algunos delitos, se le sigue condenando por otros, en interpretación de la Sentencia Serrano Contreras I.

Por mor de dicha condena el recurrente plantea recurso de amparo ante el TC, inadmitido a trámite en 2017, quedando la vía expedita para volver a la jurisdicción de Estrasburgo a solicitar amparo internacional por una presunta lesión del artículo 6 CEDH, cosa que finalmente obtiene mediante la sentencia de autos aquí comentada.

### 1.3. *El asunto Serrano Contreras II*

El Sr. Serrano Contreras solicita que se revise su condena en el Tribunal Supremo ante la sentencia dictada por el TEDH en el asunto *Serrano Contreras I*. Recordemos que, habiendo sido acusado de fraude, falsificación de documentos oficiales y falsificación de documentos comerciales, el demandante fue absuelto en primera instancia. Aprovechado un recurso de casación, el Tribunal Supremo lo declaró finalmente culpable, sin celebrar audiencia. En sentencia del 20 de marzo de 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que se había violado el art. 6.1 CEDH.

El Tribunal Supremo anuló la condena en 2015 por el cargo de falsificación de documentos oficiales, pero desestimó la revisión en base a los delitos restantes, declarando en consecuencia su culpabilidad por los cargos de estafa, falsedad en documento oficial y falsedad en documento mercantil. El demandante interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional para que se anularan las actuaciones, que resultó inadmitido a trámite. Así fue cómo llegó el protagonista de autos a la jurisdicción convencional.

El Gobierno sostuvo que una nueva sentencia que declarara, por los mismos motivos que la dictada en marzo de 2012, que España había violado el Convenio contravendría el principio *non bis in idem*. Si bien reconoce que la demanda está vinculada a la ejecución de la sentencia dictada en marzo de 2012, el TEDH considera que la denuncia relativa a la supuesta injusticia del proceso seguido posteriormente ante el Tribunal Supremo versa sobre una situación distinta a la examinada en dicha sentencia y que también contiene nueva información relevante relativa a cuestiones que no habían sido resueltas por dicha sentencia.

Por tanto, considera que existe una “cuestión nueva” en la que debe examinarse la supuesta falta de equidad del proceso de revisión seguido ante el Tribunal Supremo, en cuanto este, invocando su sentencia de 2012, anuló la condena del solicitante por el cargo de falsificación de documentos oficiales, pero confirmó su condena por los cargos de fraude y falsificación de documentos comerciales. En consecuencia, el Tribunal considera que el artículo 46 del Convenio no le impide examinar la nueva denuncia de la demandante, según la cual el procedimiento que condujo a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en mayo de 2015 no fue justo.

En cuanto a la aplicabilidad *ratione materiae* del artículo 6.1 CEDH, el Tribunal observa que, en el ordenamiento jurídico español, los demandantes disponen, en virtud del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de un recurso que les permite, en caso de constatación de una violación por la Corte, obtener la revisión de una decisión judicial firme siempre que no exista otro medio para remediar los efectos de la violación de que se trate. Observa que, en el contexto del examen de un caso en virtud del artículo 954, la Corte Suprema debe evaluar el resultado de un procedimiento interno cerrado y, en su caso, ordenar un nuevo examen del caso para que se pueda tomar una

nueva decisión. sobre el fondo de la acusación penal contra el perjudicado. Por lo tanto, considera que es probable que el examen de un caso en virtud del citado precepto desempeñe un papel decisivo en la determinación de los méritos de la acusación penal en cuestión.

Respecto al fondo del asunto, el Tribunal considera que la “nueva cuestión” que se le somete se relaciona con la interpretación que hizo el Tribunal Supremo, en el marco de la solicitud de reapertura del procedimiento que le presentó el demandante, de la sentencia que dictó en 2012. Recuerda que, en esa sentencia, resolvió la cuestión de la condena del demandante sin examen directo de las pruebas por parte del Tribunal Supremo y que el artículo 46 del Convenio le prohíbe volver a examinar la misma cuestión. Observa, no obstante, que en la sentencia que dictó en mayo de 2015 el Tribunal Supremo no condenó de nuevo al demandante sino que confirmó, sobre la base de su propia interpretación de la sentencia dictada por el Tribunal en marzo de 2012, la condena anterior.

En cuanto al razonamiento del Tribunal Supremo, este acepta que fue correcto declarar que la determinación de una violación por la jurisdicción convencional no dio automáticamente derecho a la reapertura de los procedimientos en cuestión y que a veces era posible remediar una violación constatada mediante la reapertura parcial de los procedimientos, tal como lo había previsto en el presente caso.

Subraya, sin embargo, que cuando, en el contexto del examen de un recurso extraordinario, un tribunal interno que se pronuncia sobre el fondo de una acusación penal motiva su decisión, las razones dadas deben cumplir con los requisitos del artículo 6.1 CEDH, tal y como dejó sentado la Gran Sala en el *asunto Moreira Ferreira c. Portugal II*; y que, en casos como el de autos, la interpretación por parte del tribunal interno de las sentencias del TEDH no debe ser manifiestamente arbitraria ni puede conducir a una denegación de justicia, extremos ya señalados, también por la Gran Sala, en el *asunto Bochan c. Ucrania II*.

El Tribunal observa que, para pronunciarse sobre la solicitud de revisión presentada por el demandante, el Tribunal Supremo examinó en detalle los motivos de la condena del demandante tal como aparecían en su sentencia de 2005, en la que concluyó que la condena del demandante por los cargos de fraude y falsificación de documentos comerciales no habían implicado una violación del artículo 6.1 CEDH y que, por esta razón, las conclusiones formuladas por el Tribunal Supremo no podían aplicarse solo a la condena del demandante en el cargo de falsificación de documentos oficiales.

El Tribunal de Estrasburgo considera, en fin, que la cuestión había sido resuelta con suficiente claridad y que, por lo tanto, a pesar del margen de apreciación nacional de que gozan las autoridades con respecto a la reapertura del proceso, debieron respetarse las conclusiones que había formulado en su sentencia, extremo que no hizo el Tribunal Supremo.

En su sentencia de marzo de 2012, el Tribunal concluyó que la condena del demandante por parte del Tribunal Supremo, que se basó en inferencias extraídas de las determinaciones de hecho elaboradas por el tribunal de primera instancia y no en una audiencia del demandante por parte del Tribunal Supremo, había violado el precepto convencional referido. En esa sentencia, se refirió a todo el procedimiento que se había llevado ante el Tribunal Supremo y no indicó que sus conclusiones se referían solo a algunos de los cargos por los que la demandante había sido condenada. El TEDH lo dice sin ambages: el Tribunal Supremo ha distorsionado su jurisprudencia, “tergiversando” el fallo y ello lesiona el artículo 6.1 CEDH (§ 39).

Se dictamina la violación (por unanimidad) del citado precepto y en consecuencia se establece, conforme al art. 41 CEDH, una indemnización de 9.600 EUR por daño moral. Se evacua voto particular por el Juez Serghides, que defiende que la mayoría debió declarar vulnerado, a mayores, el art. 46 CEDH, sin separarse del criterio mayoritario en cuanto al litigio principal.

## 2. GESTACIÓN DEL DESENCUENTRO

Debemos exponer someramente de dónde viene este desencuentro y cómo ha llegado a ser una brecha convencional en nuestro país. Por de pronto cabe anotar que el artículo 6 CEDH es, de todos los preceptos convencionales, el que ha ocasionado más condenas a España<sup>2</sup>. La configuración procesal penal de la garantía de inmediación ha ayudado a que eso suceda, de ahí que la comunidad de expertos diga que estamos ante uno de los *Talones de Aquiles* de nuestro ordenamiento.

---

<sup>2</sup> Comprende desde condenas por indefensión hasta por dilaciones indebidas, pasando por falta de motivación en las resoluciones judiciales internas, por falta de imparcialidad del juzgador, o por ruptura del principio de seguridad jurídica. A título de ejemplo valgan la STEDH *Otegi Mondragón y otros c. España*, de 06/11/2018; y la STEDH *Arrózpide Sarasola y otros c. España*, de 23/10/2018. En ambas el TEDH estima la vulneración del artículo 6.1 CEDH, aunque por motivos diferentes (en el primero por quiebra de la imparcialidad; y en el segundo por quiebra de la seguridad jurídica). Es sugerente el trabajo de Delgado Del Rincón, L.; “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, 2018, pp. 569-590. Vid. Díaz Crego, M<sup>a</sup>; “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros”; En García Roca, J.; y Pérez-Moneo, M.; (dirs.); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2023 (4ª edición), p. 807; y Matia Portilla, F. J.; “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, 2018, *pássim*. Analiza todos los casos, condenas y no condenas hasta 2012, Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, M.; “La supuesta garantía de la inmediación en la segunda instancia penal española: seis sentencias condenatorias del TEDH en menos tres años”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 27, 2012, p. 6 y ss.

## 2.1. Bosquejo general de las condenas

El primer dato reseñable es que España ha sido condenada en torno a una veintena de veces en Estrasburgo por no respetar la inmediación en segunda instancia. Todas las condenas se incardinan en la vulneración del artículo 6.1 CEDH menos una, que se incardina en la vertiente procesal del artículo 3 CEDH (asunto *Portu Juanenea*). De las que se incardinan en el precepto que ahora interesa, la primera de ellas tuvo lugar en el asunto *Igual Coll*, del año 2009, y la última tuvo lugar en 2022, en el asunto *Centelles Mas*, a la fecha de cierre de las presentes páginas.

El segundo aspecto reseñable es que todas se dictan en procesos penales. Tanto los asuntos donde no se respetó el artículo 6.1 CEDH, como el referido a la vertiente procesal del artículo 3 CEDH tienen que ver con el orden jurisdiccional penal, lo cual implica que debemos enfrentarnos al máximo grado de castigo y, por ello, deben extremarse las cautelas<sup>3</sup>.

El tercer aspecto importante es el arco temporal que abarcan las condenas. No cabe decir que España sea un país condenado “desde siempre”, pero no es menos cierto que desde aquella primera condena en 2009 hasta la última en 2022, son ya demasiadas las reprobaciones y algo deberíamos hacer. La secuencia es de casi una condena por año a lo largo de esta década. Lo que se acaba de decir no presupone que debamos consolarnos con lo “poco” condenados que somos sino que debe ponernos en guardia en aras de erradicar tales vicios pro futuro, en la medida de las posibilidades.

Dentro del cómputo de condenas señaladas, la inmensa mayoría se refieren a sentencias de Audiencias Provinciales, aunque algunas de ellas lo han sido respecto de resoluciones del Tribunal Supremo que resolvían recurso de casación y/o revisión (como la que aquí nos ocupa).

Otro dato interesante tiene que ver con el hecho de que la inmensa mayoría de casos llegan al TEDH después de la inadmisión a trámite del preceptivo recurso de amparo por el Tribunal Constitucional. Apuntamos desde ya que, aunque es cierto que los datos muestran que existe un problema, no es menos cierto que nuestros tribunales lo han intentado paliar aplicando y no eludiendo las exigencias convencionales<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre el particular puede verse Pérez Sola, N.; “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 317-393.

<sup>4</sup> La doctrina destaca la importancia de nuestro Juez de la Constitución. Por todos, véase Pérez Sola, N.; “El contenido...”, *cit.*, p. 456 y ss. También parece que Ley 41/2015 ha ayudado a tal extremo, habiendo “devuelto el recurso de casación a su dimensión natural”. Así lo expresa Matia Portilla, F. J.; “Examen...”, *cit.*, *pássim*. En líneas generales la tesis de fondo es ciertamente recurrente en los análisis de las implicaciones de la integración europea: de acuerdo con el principio de subsidiariedad, son los Estados quienes deben garantizar en primer término los derechos y garantías

Las condenas aparecen unidas por una especie de cordón umbilical a modo de íter procesal. Lo que sucede en todos los casos es una condena en apelación cuando se absolvió al reo en instancia (o se agrava en apelación la condena de instancia) y el tribunal de apelación lo hace evaluando nuevos hechos o nuevas pruebas sin oír al acusado. Esto es, con otras palabras, sin practicar la garantía de la inmediación y, por ende, sin que el condenado pudiera defenderse con todas las herramientas procesales necesarias.

Después se observa la inadmisión a trámite del recurso de amparo correspondiente por parte de nuestro Tribunal Constitucional; tales inadmisiones comparten un mismo fundamento jurídico: según el criterio del Juez de la Constitución lo que el tribunal de apelación revisa son elementos jurídicos y no fácticos (lo que como es sabido puede hacer, ergo, a su parecer, no se lesiona el artículo 24.2 CE)<sup>5</sup>.

Así, el recurrente llega a Estrasburgo, litiga y el TEDH le da la razón con una interpretación diametralmente opuesta: entiende este que los tribunales de apelación revisaron de nuevo elementos fácticos (especialmente, la nueva valoración de pruebas y de testimonios) y que dicha revisión se realizó sin vista pública, lo cual, siguiendo su propia jurisprudencia, vulnera el artículo 6.1 CEDH<sup>6</sup>.

Otro aspecto que merece anotarse es que las resoluciones se dictan por unanimidad. Si acaso destaca la única discrepancia —que no es tal— en el caso *García Hernández*, mediante la opinión concurrente del Juez Zupančič, quien consideró, dicho con sus propias palabras, que “habría que invitar insistentemente al Gobierno español a adoptar una legislación que permitiera un nuevo proceso, a petición de cualquier demandante, cuando el Tribunal Europeo de derechos humanos hubiera comprobado una violación del derecho a un proceso equitativo”. A tales efectos valdría también comentar el voto particular del Juez Serghides en *Serrano Contreras II*, quien rescindió su acuerdo en el hecho de que la mayoría del TEDH debía haber declarado, también, la vulneración del artículo 46.1 CEDH, lo cual hubiera implicado en el caso de autos otorgar al recurrente una indemnización más alta en cuanto al daño no pecuniario.

---

establecidos en el Convenio. Así lo defienden varios trabajos compilados en García Roca, J.; y Bustos Gisbert, R. (dirs.); *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

<sup>5</sup> Algunos sectores doctrinales sostienen que “la distinción entre *cuestiones de hecho* y *cuestiones jurídicas* no tiene futuro alguno, discusión que a su juicio “fundamentalmente sirve para confundir y oscurecer la realidad”. Vid. Milans Del Bosch, S.; “La segunda instancia penal generalizada tras la reforma de la LECrim...y necesidad de celebración de la vista”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº, 913, 2015, p. 1 y ss.

<sup>6</sup> Obviamente, no se vulnera el principio de inmediación cuando los acusados, habiendo sido citados oficialmente para comparecer en la vista, deciden no hacerlo. Eso es precisamente lo que sucede en el caso *Vilches Coronado c. España* (STEDH de 13/03/2018).

Conviene no olvidar que el TEDH establece en algunas de las sentencias condenatorias a nuestro país el pago de una indemnización (el conocido mecanismo de la *satisfacción equitativa*), en concepto de daños morales y en concepto de gastos y costas procesales. Las cantidades en ningún caso se alejan de lo razonable, incluso a veces son meramente testimoniales (como en el asunto *Atutxa Mendiola*, que el TEDH fija en “1 euro” por daño moral y en 600 euros “de manera conjunta para todos los demandantes”). Pero no en todas (asuntos *Marcos Barrios* y *García Hernández*, por poner dos ejemplos).

## 2.2. ¿Nuevos horizontes?

Recordemos, de nuevo, la condena incardinada en el artículo 3 CEDH, por ser uno de los aspectos más novedosos respecto a la vulneración de la inmediación en la segunda instancia (se habla del caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*). La diferencia con el resto de condenas por lesionar este precepto estriba, precisamente, en que el TEDH aplica la doctrina sentada al hilo de los casos relacionados con el artículo 6.1 CEDH y no la deducida de aquel. El motivo es bastante obvio: los tribunales internos investigaron de forma eficaz y suficiente las denuncias de torturas, pero el tribunal *ad quem* lo hizo sin respetar los criterios de Estrasburgo, porque valoró de nuevo elementos probatorios personales sin celebrar una nueva vista con inmediación donde se pudiera escuchar a las partes.

La principal consecuencia del supuesto resulta palmaria y en cierta medida novedosa, porque de seguir el criterio que se establece en la sentencia el trámite de audiencia pública en apelación debería realizarse en todo caso, independientemente de que en primera instancia se condenara o no<sup>7</sup>. Esto comporta a todas luces un cambio cualitativo de primer orden y así parecen afirmarlo los jueces convencionales (Keller, Pastor Vilanova y Serghedis) en su opinión parcialmente disidente y parcialmente concurrente. Dicen así:

“En nuestra opinión, existían, en este caso, elementos convincentes que hubieran permitido a la Sala apartarse de la valoración de los hechos considerados por el Tribunal Supremo. En primer lugar, el Tribunal Supremo ha procedido a una nueva evaluación de la credibilidad de las declaraciones de los demandantes y de los testimonios de tres testigos, pero sin oírlos previamente. El más Alto Tribunal ha estimado sobre todo que estos tres testigos eran parciales por sus supuestos vínculos con ETA, lo que ha dado pie a una absolución general. Ahora

<sup>7</sup> Vid. Goyena Huerta, J.; “La segunda instancia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a la Sentencia *Portu-Sarasola c. España*”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2018, p. 4 y ss; también es relevante el análisis de Arangüena Fanego, C.; y Álvarez Rodríguez, I.; “VII. Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal (art. 6)”; y Arangüena Fanego, C.; “VIII. El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (art. 2 P7)”, ambos en García Roca, J.; y Pérez-Moneo, M.; (dirs.); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2023 (4ª edición), p. 201 y ss.

bien en la sentencia *Lacadena Calero c. España* (...), esta misma Sala ya tuvo la ocasión de condenar esta práctica del Tribunal Supremo a tenor del artículo 6 del Convenio, no solo por su falta de conocimiento directo e inmediato de las pruebas subjetivas sino que además el recurso de casación no permite volver, en principio, sobre los hechos ya determinados por la primera instancia. En consecuencia parece ilógico que la Sala haya concluido, por una parte que, “en ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratos infligidos” (párrafo 84), lo que equivale a dar el mismo valor a las dos sentencias penales, y por otra, que haya sancionado la nueva (e irregular) valoración de los hechos contenida en la última. La coherencia interna de la sentencia se encuentra entonces debilitada (...).”

### 3. VALORACIÓN PROSPECTIVA DEL DESENCUENTRO

Como se ha podido ver, estamos ante una brecha convencional que sigue ensanchándose en la actualidad, con casos como *Serrano Contreras II* para demostrarlo. Por extraño que parezca, eso no significa que el ordenamiento constitucional nacional no haya adoptado diversos mecanismos para poder evitar que tales problemas procesales sigan ocasionando el reproche jurídico de Estrasburgo. A continuación se explicitan algunos de ellos, desde una perspectiva entre realista y crítica, en torno a tres vectores: las acciones acometidas por el Poder Ejecutivo, las políticas normativas del Poder Legislativo y la jurisprudencia de los dos altos tribunales, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

#### 3.1. Acciones acometidas por el Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo cumple con su cometido e informa al Comité de Ministros de las acciones llevadas a cabo por los operadores jurídicos nacionales para cumplir con los fallos de Estrasburgo. Destacan, con todo, tres aspectos.

El primero acaece en 2013. En ese año, el Gobierno comunica al Comité que se han abonado las indemnizaciones establecidas en las sentencias condenatorias y se señala la jurisprudencia constitucional en la materia (especialmente la STC 245/1991), que permitía abrir la revisión de los procesos penales que habían acabado siendo objeto de condena en Estrasburgo. Además, se comunica que las sentencias del TEDH han recibido la difusión pública correspondiente, dándose a conocer tanto a la ciudadanía como a esos operadores<sup>8</sup>.

El segundo llega en 2016. El Gobierno actualiza la información respecto a todos los litigios, dando cuenta al Comité de Ministros de dos cuestiones

<sup>8</sup> Véase la Res DH-DD(2013)36F (en línea: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804a87d4](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804a87d4)). Consultado el 20 de octubre de 2022.

de relevancia. La primera es la modificación de la legislación procesal penal de 2015, creando el recurso de revisión, recurso que como es sabido permite reabrir casos ya cerrados cuyo objeto sea ejecutar un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, dejó el artículo 954.3 LeCrim redactado de la siguiente manera:

“Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión solo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal”<sup>9</sup>.

La segunda es dar cuenta de los diferentes procesos penales que se han reabierto como consecuencia del fallo de Estrasburgo. Así, de los cuatro casos donde hasta la fecha se ha dictado nueva sentencia por el Tribunal Supremo (*Almenara Álvarez*; *Serrano Contreras*; *Vilanova Goterris*; y *Llop García*), sabemos que en el primero se ha anulado el veredicto de condena y se ha procedido a celebrar nueva vista; en el segundo, sucede lo mismo parcialmente: se anula el veredicto en la parte afectada por la condena en Estrasburgo; en el tercero y en el cuarto se anula el veredicto y se absuelve al acusado<sup>10</sup>. El mejor ejemplo —al menos uno de los más recientes— es la STS 510/2019, de 28 de octubre, donde se admite el recurso de revisión interpuesto por los Sres. Atutxa Mendiola y Knorr Borrás y por la Sra. Bilbao Cuevas, y se aplica la resolución de Estrasburgo, anulando la condena impuesta en su día.

En 2018, el Comité de Ministros reconoce que el Estado miembro ha satisfecho sus obligaciones para con el Convenio y declara cerrados los casos. Dicho con otras palabras: reconoce que España ha satisfecho la satisfacción equitativa exigida, cumpliendo las medidas individuales señaladas y adoptando a mayores determinadas medidas generales de reparación<sup>11</sup>. Una de las últimas condenas dictadas contra España por el motivo aquí tratado es el asunto *Camacho Camacho*. En 2021, el Comité de Ministros reconoce que

<sup>9</sup> La doctrina considera que esta regulación es de las “más generosas” desde el punto de vista del Derecho Comparado. Vid. García Roca, J.; *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 195 y ss.

<sup>10</sup> Véase la Res DH-DD(2016)1215 (en línea: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016806b7ee9](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806b7ee9). Consultado el 20 de octubre de 2022).

<sup>11</sup> Vid. CM/ResDH(2017)69 (en línea: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016806f1848](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806f1848). Consultado el 20 de octubre de 2022).

el Reino de España ha cumplido para con sus obligaciones convencionales y dictamina el cierre del caso<sup>12</sup>.

### 3.2. Políticas normativas del Poder Legislativo

Dentro de este apartado se estudian las denominadas medidas generales, que usualmente tienen que ver con dos tipos: las reformas legales, en su caso, adoptadas; y el empleo del canon convencional por parte de nuestros altos tribunales. Ahora es el momento de analizar las primeras.

Haciendo bueno lo que algunos autores denominan “efecto absorción”<sup>13</sup>, nuestro Poder Legislativo modificó en 2015 sustantivamente la legislación procesal penal. Es cierto que estas enmiendas, desbrozadas hasta en siete leyes diferentes y no consecutivas, han sido criticadas por su falta de sistematicidad y su inadecuada técnica legislativa<sup>14</sup>.

A los efectos del presente trabajo, y sin perjuicio de otros factores procesales de importancia<sup>15</sup>, podemos destacar la modificación de la letra de los artículos 790.2 y 792.2 LeCrim. Ambos dos podrían ser el cauce para evitar las futuras condenas en esta materia en Estrasburgo.

La dicción literal del artículo 790.2 LeCrim reza así:

“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, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia. Si en el recurso se

<sup>12</sup> Vid. Resolution CM/ResDH(2021)411 (en línea: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22respondent%22:%5B%22ESP%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22EXECUTION%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-215309%22%5D%7D>)

<sup>13</sup> Tal postura la defiende con convicción Garlicki, L.; “Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority). En Carmona Cuenca, E. y García Roca, J. (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 67.

<sup>14</sup> Por todos, Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; “El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015”. En Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; (dir): *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 20 y ss.

<sup>15</sup> Nos referimos, entre otras, a la generalización de la segunda instancia o a la ampliación de motivos que permiten plantear el recurso de revisión. Vid. Marchena Gómez, M.; y González-Cuellar Serrano, N.; *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 533 y ss; y Bellido Penadés, R.; “Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8619, 2015; Bellido Penadés, R.; “Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim. de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8526, 2015.

pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación. Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

Por su parte, la dicción literal del artículo 792.2 LeCrim establece que:

“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”.

De dicha regulación se deduce que la reforma operada pretender ser una solución intermedia entre la opción del *nuevo juicio* y la opción del *juicio sobre el juicio* (aunque quizá algo escorada hacia esta segunda), lo cual ha generado un debate doctrinal provechoso<sup>16</sup>. Una cosa parece meridiana: al arbitrarse esta solución el órgano jurisdiccional se convierte más en órgano de impugnación que en órgano de segunda instancia<sup>17</sup>.

Para el sector doctrinal que apoya la reforma, con la nueva redacción de ambos preceptos la cuestión ha quedado definitivamente resuelta, porque el tribunal *ad quem* no puede ya revocar la sentencia apelada para valorar de forma distinta la prueba del juicio oral y dictar sentencia en sentido diferente. Entonces, ¿qué puede hacer? ¿Puede anular la valoración hecha en el proceso *a quo*? Sí. ¿Puede sustituir la valoración realizada tribunal *a quo*? No<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Cabezudo Rodríguez, N.; “Acceso a la justicia y garantías del debido proceso”. En Rey Martínez, F. (dir); *Los derechos humanos en España. Un balance crítico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 191, considera que, aunque una segunda instancia de cognición plena sería el modelo más respetuoso para con el principio de inmediación y con la doctrina del TEDH sobre el derecho de defensa, también suscitaría diversos problemas de fondo y forma, económicos y funcionales.

<sup>17</sup> Vid. Moreno Catena, V.; y Cortés Domínguez, V.; *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (9ª edición), p. 628.

<sup>18</sup> Defiende esta postura Herrero Álvarez, S.; “El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades”. En Roca Martí-

Este sector resalta, además, que la reforma es más consecuente tanto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo como con la garantía de la inmediación. Lo que implica de veras la nueva literalidad de la norma es, dicho con las palabras de expertos, “en lugar de pretender cuadrar el círculo, salir de ese círculo”, permitiendo la anulación de la sentencia al reenviar el asunto al tribunal *a quo* para que subsane el defecto<sup>19</sup>.

El sector crítico aporta, por su parte, algunos argumentos que no son baladíes. Por un lado, arguyen que con la reforma se viene a permitir la repetición de pruebas ya practicadas, lo cual restaría eficacia a las nuevas por quedar condicionada por las que se practicaron en el primer juicio. Por otro, dirán, ese nuevo juicio dilataría en el tiempo el proceso hasta extremos muy poco aconsejables (especialmente teniendo en cuenta que las dilaciones indebidas lesionan el propio artículo 6 CEDH)<sup>20</sup>.

Para este sector, el problema se resuelve haciendo que el tribunal de apelación reproduzca la grabación del juicio de instancia<sup>21</sup>. A partir de ahí, el juez de apelación estaría en condiciones de decidir qué pruebas personales deberían practicarse, haciendo hincapié en lo que induce a error y/o duda. El siguiente paso sería citar de oficio en vista pública y contradictoria a todos los sujetos necesarios para esclarecer esos hechos, especialmente al acusado.

A juicio de este sector, lo que realmente estaría reforzando la reforma son garantías como la contradicción, el derecho a la defensa y/o el derecho a la presunción de inocencia, pero no tanto la inmediación, porque el juicio se vuelve irreplicable, en el sentido de que la inmediación bien entendida se agotaría en primera instancia (la prueba caduca con la práctica de la misma).

En una línea parecida, otros autores recuerdan que *la misma* inmediación en segunda que en primera instancia es imposible por definición, perdiéndose la fiabilidad y la autenticidad. Lo menos malo, reflexionan sin considerarlo

---

nez, J. M<sup>a</sup>. (dir): *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 39; también Suau Morey, J.; *Recurso de apelación penal*, Juruá Editorial, Lisboa, 2017, p. 37.

<sup>19</sup> Las opciones que tenía nuestro legislador oscilaban entre dos polos. El que representa el *modelo anglosajón* de prohibir el recurso frente a la sentencia absolutoria (por el desacuerdo de la acusación con la determinación de los hechos); y el que representa el *modelo alemán* de apelación plena reproduciéndose por completo la prueba en nuevo juicio (en segunda instancia). Vid. Marchena Gómez, M.; y González-Cuéllar Serrano, N.; *La reforma...*, cit. pp. 536 y 537.

<sup>20</sup> Esta es la visión de Sánchez Romero, R.; *La garantía de inmediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 118 y ss.

<sup>21</sup> Hasta que se produjo la reforma, algunas sentencias constitucionales aceptaron que así se satisfacía la inmediación. Mediante la STEDH de 29/03/2016 (*asunto Gómez Olmeda c. España*), el Tribunal de Estrasburgo dictaminó que tal reproducción no garantizaba la inmediación a efectos del artículo 6 CEDH. Doctrinalmente, véase Delgado Muñoz, L. J.; “La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de modificación de la LECRIM. El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, *Revista General de Derecho Procesal*, n<sup>o</sup> 46, 2018.

un método del todo aceptable, sería, de nuevo, visionar la grabación de instancia y celebrar nueva vista en apelación<sup>22</sup>.

### 3.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

Un sector doctrinal entiende que del art. 46 CEDH se deduce la fuerza vinculante y el cumplimiento obligatorio de las sentencias convencionales por parte de las autoridades nacionales, especialmente por parte de los órganos jurisdiccionales. Tal vinculación no solo acrece al fallo o parte dispositiva sino a toda la motivación desplegada en la fundamentación jurídica<sup>23</sup>. Otro sector doctrinal insiste en tener en cuenta que el precepto impone una obligación de resultado, no de medios, sin prejuzgar los que el Estado dicte para llevarla a cabo<sup>24</sup>.

Respecto a la labor de nuestros altos tribunales, es sabido que en esta materia el Tribunal Constitucional viene aplicando el canon interpretativo de Estrasburgo desde hace lustros<sup>25</sup>; concretamente, desde la STC 167/2002, con el consiguiente otorgamiento del amparo en los diferentes procesos (así sucede, por ejemplo, en las SSTC 232/2002; 134/2007; 184/2009; 45/2011; 142/2011; 201/2012; 88/2013; 105/2016; 172/2016; 125/2017; 146/2017; 36/2018; y 37/2018)<sup>26</sup>. A la hora de ventilar los asuntos la discrepancia dentro del Tribunal ha sido bastante escasa, aunque en ocasiones se han dictado votos particulares, disidentes y concurrentes, que inducen a la reflexión<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Los límites vendrían del artículo 790.3 LeCrim arriba referido. Vid. Alcácer Guirao, R.; *El derecho...*, cit, p. 88 y ss. El problema de esta solución es que choca con el criterio convencional que se acaba de extraer, donde Estrasburgo no reconoce que baste la reproducción para garantizar la intermediación.

<sup>23</sup> Así, García Roca, J.; *La transformación...*, cit, p. 183 y ss; y López Guerra, L.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 35 y ss.

<sup>24</sup> Por todos, véase Díez-Picazo, L. M<sup>a</sup>.; *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 162 y ss.

<sup>25</sup> Por todos, véase Ripoll Carulla, S.; “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66 / n<sup>o</sup> 1, 2014, pp. 11-53, quien destaca tanto la buena acogida del canon convencional en la jurisdicción constitucional como constata las “familias de asuntos repetitivos” que España protagoniza en Estrasburgo, p. 29 y ss.

<sup>26</sup> En algunas de ellas (SSTC 184/2009, 45/2011, 142/2011), el Tribunal añade una garantía adicional a la intermediación, cual es la audiencia personal del acusado. Vid. Alcácer Guirao, R.; *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 83. Para algunos sectores, el TC habría actuado en alguno de esos casos de forma “demasiado garantista”, toda vez que llegó a decir que debía escucharse en apelación al acusado incluso si solo se estaban discutiendo elementos jurídicos (STC 184/2009), lo cual rectificó posteriormente (STC 45/2011). Vid. Rodríguez Boente, S. E.; *83 Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 48.

<sup>27</sup> Precisamente en la STC 167/2002, el Magistrado Roberto García-Calvo emitió voto particular donde se manifestaba contrario a aplicar de tal forma el canon conven-

Son muchas las resoluciones que el Tribunal Constitucional ha dictado desde aquella de 2002 en ese sentido<sup>28</sup>. De todas ellas se pueden extraer algunas conclusiones de relevancia, sobre todo las que ayudan a responder el interrogante de hasta qué punto se puede revisar la prueba de instancia en apelación sin lesionar los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE<sup>29</sup>.

En primer lugar, según el TC no se puede condenar a quien fue absuelto (o no se puede agravar la condena del condenado) con una nueva valoración de las pruebas personales si no se vuelve a practicar dicha prueba en apelación. En segundo lugar, la prueba documental, *per se*, puede valorarse de tal suerte que conduzca a la condena del absuelto en instancia (o a la agravación de la condena del ya condenado), dado que, en este caso, la garantía de inmediación sería la misma para ambos procesos. En tercer lugar, cabe revisar cuestiones sustantivas no procesales y acabar condenando a quien fue absuelto (o agravar la condena del condenado), por errores de subsunción en el tipo o en la apreciación de los elementos de culpabilidad, por poner dos ejemplos.

La penúltima línea de la jurisprudencia constitucional no parece haber cambiado mucho de criterio. Por citar una de las últimas resoluciones, cabe traer a colación la STC 37/2018, de 23 de abril, donde el Tribunal Constitucional sostiene que: “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” (FJ 6).

El criterio fue reiterado ese mismo año en la STC 59/2018, de 4 de junio, así como en las últimas que han tratado sobre la materia a la fecha de cierre del presente trabajo. Se habla de la STC 73/2019, de 25 de junio; de la STC 88/2019; de la STC 149/2019, de 25 de noviembre; y de la STC 172/2019, de 16

---

cional. Por un lado, porque observaba que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no implica en todo caso la necesidad de celebrar vista pública, ni que el recurrente absuelto en la instancia deba ser necesariamente oído en la apelación. Por otro, porque la distinta valoración que hace el tribunal de apelación no proviene de practicar prueba sin inmediación “sino la expresión de un criterio jurídico opuesto acerca de la existencia de la lesión del derecho fundamental invocado como vulnerado, lo que tuvo como consecuencia la posibilidad de tomar en consideración pruebas objetivamente incriminatorias que en la instancia no se utilizaron para pronunciarse sobre la culpabilidad de los acusados por entender el Juez de forma errónea, a juicio de la Audiencia, que eran constitucionalmente ilícitas, y por ello inválidas” (apartado 3 del Voto Particular).

<sup>28</sup> Véase, de nuevo, el trabajo de Pérez Sola, N.; «El contenido...», *cit*, p. 456 y ss.

<sup>29</sup> Vid. Subijana Zunzunegui, I. J.; “El enjuiciamiento penal: quién decide, dónde se decide, cómo se decide y cómo se revisa lo decidido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n° 48, 2017, pp. 17 y 18.

de diciembre. En todas ellas se ampara al recurrente y se declara la vulneración del artículo 24.2 CE<sup>30</sup>.

Esta tendencia recibe un espaldarazo en el *caso Blanquerna*, decidido por la STC 1/2020, de 14 de enero, donde el Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de amparo, decreta vulnerado el artículo 24.2 CE y el motivo no es otro que constatar el agravamiento de la condena de los acusados en el proceso casacional sin audiencia previa, anulando las resoluciones del TS y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior de la sentencia anulada (FFJJ 4 y 5).

Este argumentario también se ha desplegado en la STC 35/2020, de 25 de febrero, en el denominado *caso Strawberry*. Como se recordará, el demandante de amparo publicó diversos tuits donde libérrimamente opinaba sobre aspectos relacionados con el terrorismo y sus víctimas. Ante la querrela interpuesta en su día, la Audiencia Nacional no observa que haya incurrido en delito de enaltecimiento del terrorismo y le absuelve (2016). La Fiscalía interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo dicta la STS 4/2017, de 18 de enero, donde le condena a un año de prisión por la comisión de dicho ilícito. Por lo demás, la condena se dicta sin oírle.

El caso ha llegado en procedimiento de amparo al conocimiento del Tribunal Constitucional. El Pleno del Tribunal ha amparado al demandante atendiendo especialmente a la jurisprudencia constitucional y convencional sobre libertad de expresión. En síntesis, el TC le otorga el amparo porque, aun siendo autor de tuits que contienen “aspectos reprobables”, el demandante ejerció su derecho fundamental a la libertad de expresión, remarcando especialmente la dimensión institucional/objetiva del mismo<sup>31</sup>.

En la sentencia de 2017 antecitada el Tribunal Supremo deja claro que no realiza una nueva valoración probatoria ni discute de nuevo los hechos de instancia. Lo que hace es discrepar del criterio de la Audiencia Nacional en cuanto a la tipicidad/atipicidad de la conducta del acusado. Y eso, sigue razonando el Tribunal Supremo, es una cuestión jurídica y no fáctica, extremo procesal que no se rige por el principio de inmediación y que, por ende, basta con la presencia del letrado. Con otras palabras: al ser elementos jurídicos y

---

<sup>30</sup> En la STC 88/2019 hubo un voto particular de la Magistrada Encarnación Roca, donde a su juicio el supuesto no tenía especial trascendencia constitucional. La Juez arguye que, al entrar a conocer del fondo, el Tribunal Constitucional “opera como una tercera instancia jurisdiccional”, por cuestionar el razonamiento jurídico de la Audiencia Provincial que valora de nuevo elementos jurídicos, pero no fácticos. Además, la eventual audiencia a celebrar “ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, dado que la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado”, doctrina establecida en el STC 125/2017 (FJ. 5).

<sup>31</sup> La resolución cuenta con el voto particular del Magistrado Montoya Melgar, cuya principal discrepancia tiene que ver con la interpretación de la mayoría de la libertad de expresión, no de los derechos del artículo 24.2 CE.

no fácticos, no se quebraría con las exigencias convencionales. Con sus propias palabras:

“De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte” (FD 3).

El Tribunal Constitucional comparte el criterio del Tribunal Supremo y en consecuencia dictamina que no se ha vulnerado el artículo 24.2 CE. Después de realizar un repaso exhaustivo por los criterios constitucionales en la materia, y con cita expresa del *caso Blanquerna* (FJ 2), los aplica al caso de autos y observa que la discusión se ceñía a determinar la tipicidad subjetiva. La Audiencia Nacional entendió que no se daba. El Tribunal Supremo entendió lo contrario. Eso es un debate jurídico, continua el TC. Por ende, “la controversia trae causa de una estricta cuestión jurídica sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito, siendo suficiente la intervención del abogado”, tal y como aconteció (FJ 3).

Esto no significa —es importante señalarlo— que el Tribunal Supremo desoiga los criterios convencionales. El máximo órgano jurisdiccional ha asumido en líneas generales el criterio del TEDH, tal y como se observa en jurisprudencia reciente y no tan reciente (verbigracia, en las SSTS 493/2015, de 22 de julio; 497/2015, de 24 de julio; y 1002/2016, de 19 de enero de 2017)<sup>32</sup>.

Dentro de ese marco, algunas resoluciones son auténticos *leading-cases*. Por ejemplo, la STS 5679/2012, de 19 de julio, donde puntualizó una serie de aspectos a retener por su importancia. Por un lado, el Tribunal consideraba que la legislación procesal penal española no negaba que se practicase prueba en apelación, lo que sucede es que esta resultaba restringida a tenor del artículo 790.3 LeCrim, que reza así:

“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 for-

<sup>32</sup> De importancia capital es la STS 1322/2009, de 30 de diciembre, por considerar que la inmediatez es una “técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez”, lo cual tiene dos efectos: le impide alegar la misma para evitar motivar la resolución y hace del control casacional una instancia perfectamente válida para revisar la valoración de la prueba (FD 2). Vid. Rifá Soler, J. M<sup>a</sup>.; y Richard González, M.; *El proceso penal práctico*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017 (7<sup>a</sup> edición), p. 114 y 115.

mulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables”<sup>33</sup>.

De ahí que el Tribunal Supremo dedujera que no se puede dar carta de naturaleza a la práctica generalizada de prueba en segunda instancia (mucho menos exigirla). Además, seguía, si ese es el criterio de Estrasburgo (y ya hemos visto que en líneas generales lo es), lo que se está haciendo es exigir que se celebre un nuevo juicio, con repetición oral, vista pública y práctica de prueba, lo que a juicio del Tribunal Supremo devalúa la primera instancia.

El Tribunal Supremo entiende que tales exigencias alteran sustancialmente el sistema procesal español de recursos, dando a entender que debería cambiarse por completo el mismo para acoger las exigencias convencionales. Parte de la doctrina entiende que el Tribunal Supremo está en lo cierto y que precisamente lo que resulta necesario es una reforma del sistema de recursos si queremos adecuarnos a los patrones que exige el artículo 6.1 CEDH<sup>34</sup>.

De todo ello se deduce que el principal problema se plantea en torno al recurso de casación. Efectivamente, es doctrina firme del Tribunal Supremo que en casación no puede condenarse a quien ha sido absuelto en instancia (o agravar su condena de haber sido condenado) si ello supone modificar la convicción relacionada con los hechos probados en aquellos juicios (por todas, STS 892/2016, de 25 de enero). Para ello se requiere, dirá, audiencia previa al acusado. A la vez, es conocido y notorio, por un lado, que la regulación legal penal de la casación no contempla el trámite de audiencia pública como tal a la hora de sustanciarse el recurso; por otro, que la realidad procesal demuestra que las vistas orales casacionales casi han desaparecido de la práctica forense<sup>35</sup>.

Esa situación nos deja un panorama complicado: Estrasburgo exige la adopción de una medida que nuestra legislación no contempla directamente (sin perjuicio de lo que dicho arriba). El propio Tribunal Supremo fue especialmente claro cuando dijo 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”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Incluso después de la reforma, el recurso sigue siendo restringido, por lo que el juez de instrucción es soberano a la hora de determinar los hechos. Es la opinión de Gimeno Sendra, V.; “El derecho a un proceso con todas las garantías y la inmediación del tribunal *ad quem* en la valoración de la prueba de carácter personal”, en Gimeno Sendra, V. (et. al); *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Edisofer, Madrid, 2017. p. 472 y ss.

<sup>34</sup> Vid. López Guerra, L.; “El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013. p. 147 y ss.

<sup>35</sup> Vid. Gimeno Sendra, V.; “El derecho...”, *cit*, p. 475.

<sup>36</sup> Vid. *Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012*. Sobre el particular véase Subijana Zunzunegui, I. J.; “El enjuiciamiento...”, *cit*, p. 18.

No obstante, quizá pueda ayudar a entender el asunto en toda su extensión —y complejidad— los criterios que ha manifestado el Tribunal Supremo a la hora de analizar los nuevos requisitos del recurso de casación que, también aquí, trajo la Ley 41/2015. Esto se prevén con carácter general en el artículo 847.1 LeCrim, cuyo tenor literal dice así:

“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. 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. 2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia”<sup>37</sup>.

El Tribunal Supremo aclaró que procedía en Derecho el recurso de casación si se trataba de impugnaciones relativas a las sentencias mencionadas en el antecitado artículo 792 LeCrim<sup>38</sup>. De esa manera, el Tribunal Supremo estableció que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo contemplado en el artículo 849.1 LeCrim, que reza de la siguiente manera:

“Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º 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”.

En el caso de que el recurso de casación se funde en los motivos contemplados en los artículos 849.2, 850, 851 y 852 b) LeCrim, el Tribunal Supremo aboga por su inadmisión. Estando dentro de ese supuesto del artículo 849.1 LeCrim, el Tribunal Supremo entiende que el recurso debe fundarse en una norma penal sustantiva o en una norma de derecho sustantivo. Todo lo que no sea eso debe conducir a su inadmisión (por ejemplo, si se alegan infracciones procesales o constitucionales). A mayor abundamiento, deben respetarse escrupulosamente los hechos probados en instancia, debiendo inadmitirse los recursos que no se atengan a tal extremo o que pretendan reproducir el debate probatorio. Sigue estando fuera de toda discusión casacional la relación de hechos probados.

---

<sup>37</sup> Según la doctrina, esto redundará en la mejora de la unificación de criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo cual mejorará a su vez el principio de igualdad penal en todo el territorio nacional. Así lo manifiesta Gimeno Sendra, V.; *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015 (2ª edición), p. 912.

<sup>38</sup> Vid. *Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016*. Véanse los abundantísimos materiales normativos y jurisprudenciales sobre esta cuestión en Juanes Peces, Á. (coord); *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2019 (6ª edición), p. 1131 y ss.

Huelga decir que el Tribunal Supremo hace hincapié en que el recurso debe tener *interés casacional* (concretado en dos aspectos: si la sentencia se opone abiertamente a los criterios jurisprudenciales del propio TS, o si se resuelve sobre jurisprudencia contradictoria emanada de las Audiencias Provinciales). También dijo, en fin, que las providencias de inadmisión son irrecurribles en casación, así como las sentencias de apelación recaídas en procesos por delitos leves.

Podemos traer de muestra algún botón jurisprudencial de aplicación de estos criterios. Sin ir más lejos, la STS 641/2017, de 28 de septiembre. En ella, el TS desarrolla la argumentación *in extenso* (FD 6) y dirá que el único motivo adecuado para impugnar sentencias absolutorias que pretendan una segunda sentencia condenatoria es la “infracción de ley pura”, contemplado el artículo 849.1 LeCrim. Y añade que el cauce del artículo 849.2 LeCrim no es utilizable porque se debe valorar de nuevo pruebas personales, lo cual, sigue a continuación, está expresamente prohibido por la jurisprudencia convencional y constitucional en aras del respeto de la garantía de intermediación.

Añade acto seguido que, si valoración del juez *a quo* es “absolutamente arbitraria”, el procedimiento puede ser impugnado para intentar su anulación, pero solo a través de la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. La razón que ofrece el Tribunal Supremo es que si se estima en base al artículo 849.2 LeCrim, la causa no se devuelve al tribunal de instancia sino que se dicta una segunda sentencia de conformidad con el artículo 902 LeCrim, cuya dicción literal es la que sigue:

“Si la Sala casa la resolución objeto del recurso a virtud de algún motivo fundado en la infracción de la 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. Cuando la Sala crea indicado proponer el indulto, lo razonará debidamente en la sentencia.”

La última jurisprudencia que se ha podido consultar no parece que introduzca grandes novedades en la línea argumental que hemos explicitado arriba.

Baste echar un vistazo a la STC 18/2021, de 15 de febrero, también conocido como el *caso Madrid Arena*. En el año 2012 se celebró una fiesta en dicho recinto; durante el transcurso de la actividad se produjo una avalancha de gente que provocó la muerte de cinco personas. La Audiencia Provincial reconoce como hecho probado el comportamiento negligente del médico pero descarta su tipicidad, por lo que le absuelve. En vía casacional, el Tribunal Supremo le condenó por un delito de imprudencia grave con resultado de muerte. La condena en casación no modificó el relato de hechos probados ni una nueva valoración de la prueba. Por tales razones se desestima el amparo solicitado por el galeno: la subsunción de los hechos probados constituye calificación jurídica, no fáctica y por ello no se precisaba audiencia del acusado.

Otra de las resoluciones dictadas en los últimos tiempos es la STC 22/2021, de 15 de febrero. En esta resolución se desestima la demanda de amparo interpuesta por el condenado en segunda instancia como jefe de una organización criminal. En aplicación de la doctrina constitucional referida anteriormente, se establece que los principios de inmediación y acusatorio fueron respetados por la segunda instancia, que no revisó el relato de hechos probados en la sentencia condenatoria ni realizó una revalorización de las pruebas personales.

Estas dos resoluciones cuentan con un voto particular del magistrado Xiol Ríos, quien se separa de algunas conclusiones a las que llega la mayoría.

## CONCLUSIÓN

La condena recaída en el *asunto Serrano Contreras II* podía haberse evitado. La normativa procesal penal española en vigor pone los mimbres jurídicos con los que encauzar satisfactoriamente para todas las partes asuntos como el aquí comentado. Por otro lado, estamos ante una resolución distinta en la medida en que el TEDH llega a afirmar con contundencia que el Tribunal Supremo ha “distorsionado” la jurisprudencia dictada en Estrasburgo. Con eso, más allá del amargo desaire, pudieran estar diciéndonos que, en la medida en que los tribunales nacionales no apliquen bien el canon convencional en esta materia, las condenas seguirán sucediéndose. Dicho con otras palabras, esa “familia de asuntos repetitivos” en afortunada expresión de Ripoll Carulla, seguirá sumando nuevos miembros.

Las condenas presentan una serie de rasgos comunes que pueden ser resumidos en una suerte de “condena-tipo”, parámetro básico que puede resultar muy útil para anticiparlas en el futuro: primero nuestro tribunal interno condena en segunda instancia (o agrava la condena ya dictada) revisando de nuevo elementos fácticos sin inmediación; después, el afectado recurre esta decisión, algunas veces en recurso de casación y siempre en recurso de amparo. Así, el asunto acaba llegando al Tribunal Constitucional, que inadmite a trámite el recurso (normalmente, porque entiende que la jurisdicción ordinaria ha revisado elementos jurídicos y no fácticos en aquella). Finalmente, el litigio llega a Estrasburgo, y el TEDH condena a España porque interpreta que, como mínimo, se han revisado de nuevo elementos fácticos en la apelación, cosa que no puede hacerse sin observar inmediación y/o vista pública.

Es de justicia reconocer que la condena incardinada en el artículo 3 CEDH va incluso un poco más allá, porque en primera instancia se había condenado a los acusados y en segunda se les había absuelto. Aun así, el TEDH acabó sentenciando la condena. La especial idiosincrasia del caso puede explicar tal extensión del límite, que en cualquier caso deberá esperar a ser confirmado o no por jurisprudencia posterior.

La reacción que ha tenido España respecto a este vector de condenas no es muy diferente a la que tuvo respecto al primero. Aquí también hemos implementado determinadas medidas individuales y generales que pretenden reconducir los procesos que impidan futuras condenas. De nuevo se observa que el Poder Ejecutivo abona las indemnizaciones exigidas en el fallo. Por su parte, el Poder Legislativo reformó la legislación procesal penal justamente para abordar la solución a este problema, solución que podríamos llamar “de compromiso” y que se sitúa a medio camino entre la opción del juicio sobre el juicio y la opción del nuevo juicio.

El juez *ad quem* de apelación no puede dictar nueva sentencia valorando nuevamente pruebas o hechos, debiendo anular la sentencia *a quo* y remitírsela al juez que la dictó para que celebre nuevo juicio. El balance que esta reforma merezca solo podrá hacerse una vez se pueda analizar con calma su aplicación a lo largo y ancho de la práctica forense. Por su parte, tanto nuestro Tribunal Supremo como nuestro Tribunal Constitucional han acogido el canon convencional y lo aplican en sus sentencias. Lo cual no obsta para que se realicen puntuales críticas a la luz de la regulación tradicional de nuestro sistema de recursos. En suma, respecto a este tipo de condenas las conclusiones son muy similares. Los poderes públicos españoles están implicados en la tarea de pulir flecos jurídicos para evitar que las condenas sobrevengan. Cuestión diferente es que se deba transitar dicha senda con mayor convencimiento, señaladamente por nuestros altos tribunales.

## FUENTES CITADAS

### A. Bibliografía

- Alcácer Guirao, R.; *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- Alonso-Cuevillas Sayrol, J.; “El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015”. En ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J (dir): *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.
- Álvarez Rodríguez, I.; *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- Arangüena Fanego, C.; “VII. Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal (art. 6)”. En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición).
- Arangüena Fanego, C.; “VIII. El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (art. 2 P7)”. En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición).
- Cabezudo Rodríguez, N.; “Acceso a la justicia y garantías del debido proceso”. En Rey Martínez, F. (dir.); *Los derechos humanos en España. Un balance crítico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- Delgado Del Rincón, L.; “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una

- duración óptima de los procesos judiciales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
- Delgado Muñoz, L. J.; “La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de modificación de la LECRIM. El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 46, 2018.
- Díaz Crego, M<sup>a</sup>; “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros”. En García Roca, J.; y Santolaya Machetti, P. (dirs.); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3<sup>a</sup> edición).
- Díez-Picazo, L. M<sup>a</sup>; *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- García Roca, J.; y Bustos Gisbert, R. (dirs.); *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- García Roca, J.; *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- Garlicki, L.; Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority). En Carmona Cuenca, E.; y García Roca, J. (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Gimeno Sendra, V.; “El derecho a un proceso con todas las garantías y la intermediación del tribunal *ad quem* en la valoración de la prueba de carácter personal”, en Gimeno Sendra, V. (et. al); *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Edisofer, Madrid, 2017.
- Gimeno Sendra, V.; *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015 (2<sup>a</sup> edición).
- Goyena Huerta, J.; “La segunda instancia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a la Sentencia *Portu-Sarasola c. España*”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2018.
- Herrero Álvarez, S.; “El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades”. En Roca Martínez, J. M<sup>a</sup> (dir): *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 39; también Suau Morey, J.; *Recurso...*,
- Juanes Peces, Á. (coord); *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Lefevbre El Derecho, Madrid, 2019 (6<sup>a</sup> edición).
- López Guerra, L.; “El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013.
- López Guerra, L.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- Marchena Gómez, M.; y González-Cuéllar Serrano, N.; *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- Bellido Penadés, R.; “Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8619, 2015.
- Bellido Penadés, R.; “Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim. de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8526, 2015.
- Matia Portilla, F. J.; “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan a España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
- Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, M.; “La supuesta garantía de intermediación en la segunda instancia penal española: seis sentencias condenatorias del TEDH en menos de tres años”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012.

- Milans Del Bosch, S.; “La segunda instancia penal generalizada tras la reforma de la LECrim...y necesidad de celebración de la vista”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º, 913, 2015.
- Moreno Catena, V.; y Cortés Domínguez, V.; *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (9ª edición).
- Pérez Sola, N.; “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018.
- Rifá Soler, J. M.ª; y Richard González, M.; *El proceso penal práctico*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017 (7ª edición).
- Ripoll Carulla, S.; “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66 / n.º 1, 2014.
- Rodríguez Boente, S. E.; *83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Sánchez Romero, R.; *La garantía de inmediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Subijana Zunzunegui, I. J.; “El enjuiciamiento penal: quién decide, dónde se decide, cómo se decide y cómo se revisa lo decidido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 48, 2017.

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

### Legislación

- Constitución Española*, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
- 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.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Instrumento de Ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

### B. Jurisprudencia

#### *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

- Caso Igual Coll*, de 10 de marzo de 2009,
- Caso Marcos Barrios*, de 21 de septiembre de 2010.
- Caso García Hernández*, de 16 de noviembre de 2010.
- Caso Almenara Álvarez*, de 25 de octubre de 2011.
- Caso Lacadena Calero*, de 22 de noviembre de 2011.
- Caso Valbuena Redondo*, de 13 de diciembre de 2011.
- Caso Serrano Contreras*, de 20 de marzo de 2012.
- Caso Vilanova Goterris y Llop García*, de 27 de noviembre de 2012.
- Caso Nieto Macero* de 8 de octubre de 2013.
- Caso Román Zurdo y otros*, de 8 de octubre de 2013.
- Caso Sainz Casla*, de 12 de noviembre de 2013.
- Caso Bochan c. Ucrania*, de 5 de febrero de 2015.
- Caso Porcel Terribas*, de 8 de marzo de 2016.

*Caso Gómez Olmeda*, de 29 de marzo de 2016.  
*Caso Atutxa Mendiola*, de 13 de junio de 2017.  
*Caso Moreira Ferreira II*, de 11 de julio de 2017.  
*Caso Vilches Coronado c. España*, de 13 de marzo de 2018.  
*Caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*, de 13 de marzo de 2018.  
*Caso Arrózpide Sarasola y otros c. España*, de 23 de octubre de 2018.  
*Caso Otegi Mondragón y otros c. España*, de 6 de noviembre de 2018.  
*Camacho Camacho*, de 24 de septiembre de 2019.  
*Caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez*, de 14 de enero de 2021.  
*Caso Serrano Contreras II*, de 26 de octubre de 2021.  
*Caso Centelles Mas y otros*, de 7 de junio de 2022.

### *Sentencias del Tribunal Constitucional español*

STC 245/1991, de 16 de diciembre  
STC 167/2002, de 18 de septiembre  
STC 232/2002, de 9 de diciembre.  
STC 134/2007, de 6 de julio.  
STC 184/2009, de 7 de septiembre.  
STC 45/2011, de 11 de abril.  
STC 142/2011, de 26 de septiembre  
STC 201/2012, de 12 de noviembre.  
STC 88/2013, de 11 de abril.  
STC 105/2016, de 6 de junio.  
STC 172/2016, de 17 de octubre.  
STC 125/2017, de 13 de noviembre.  
STC 146/2017, de 14 de diciembre.  
STC 36/2018, de 23 de abril.  
STC 37/2018, de 23 de abril.  
STC 59/2018, de 4 de junio.  
STC 73/2019, de 25 de junio.  
STC 88/2019, de 1 de julio.  
STC 149/2019, de 25 de noviembre.  
STC 172/2019, de 16 de diciembre.  
STC 1/2020, de 14 de enero.  
STC 35/2020, de 25 de febrero.  
STC 18/2021, de 5 de febrero.  
STC 22/2021, de 15 de febrero.

### *Sentencias del Tribunal Supremo español*

STS 1322/2009, de 30 de diciembre.  
STS 5679/2012, de 19 de julio.  
STS 330/2015, de 19 de mayo.  
STS 493/2015, de 22 de julio.  
STS 497/2015, de 24 de julio.  
STS 892/2016, de 25 de noviembre.  
STS 1002/2016, de 19 de enero.  
STS 4/2017, de 18 de enero.  
STS 641/2017, de 28 de septiembre.  
STS 510/2019, de 28 de octubre.



