

LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO PENAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Bernardino J. Varela Gómez*
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción.-II. La apelación en el Derecho Romano.-III. La apelación en el Derecho Común.-IV. La apelación en la etapa anterior a la codificación procesal.-V. La apelación procesal penal después de la LECrim.: 1. La Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor; 2. La ley 3/1967, de 8 de abril; 3. La ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre.

I. Introducción

Frecuentemente se piensa en la apelación en el proceso penal español como si no hubiera habido nunca entre nosotros antecedentes del sistema de doble instancia. Un somero repaso histórico demuestra, muy al contrario, que hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y durante largos períodos de nuestra historia la existencia de apelación penal ha constituido la regla general. Por otra parte, la comprensión del actual sistema impugnatorio penal, que progresivamente ha ido arrinconando el principio de instancia única consagrado en la LECrim., aconseja un estudio de los supuestos en los que se comienza a introducir la segunda instancia penal con posterioridad a su promulgación.

II. La apelación en el Derecho Romano

Es comúnmente admitido que en el Derecho Romano la *appellatio* surgió tardíamente. En efecto, el proceso romano de la época clásica

* Área de Derecho Procesal. Facultad de Derecho

desconoce la apelación o cualquier otro tipo de recurso ante un tribunal superior (1).

Sin embargo, con la apelación en el proceso penal puede relacionarse la institución de la *provocatio ad populum*, de naturaleza y forma poco claras, que llevaba el juicio ante los comicios, pero que más que propiciar un nuevo examen de la cuestión trataba de conseguir el perdón, únicamente de la pena capital o de multa superior a determinada cantidad, mediante la actuación del poder soberano (2). El derecho del ciudadano a apelar ante la asamblea del pueblo como juez supremo constituye una típica institución de la época republicana (3), aunque con antecedentes ya en la etapa monárquica, donde se entendió como una concesión discrecional del Rey, y desapareció al mismo tiempo que el proceso comicial (4), con el advenimiento del Principado y del procedimiento de las *quaestiones* (5). En virtud de la *provocatio* no se anulaba

-
- (1) Así entre otros, FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. Prieto Castro, Ed. Bosch, Barcelona, 1934, pág. 420, ALVAREZ SUAREZ, *Instituciones de Derecho Romano II, Derecho Procesal Civil*, Uned, Madrid, 1973, pág. 468, IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 1993, pág. 192, o TOPASIO FERRETTI, *Derecho Romano*, Ed. Latinoclásica, Valparaíso, Chile, 1992, pág. 166. En este sentido la apelación es ya desde su nacimiento un instrumento de centralización política, una forma de que, primero el pueblo, y posteriormente el Príncipe afirmen su soberanía, (cfr. VELEZ MARICONDE, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, t. I, Ed. Univ. Nacional, Córdoba, Argentina, 1956, pág. 211).
- (2) Vid. sobre el tema, RODRIGUEZ-ENNES, *La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*, en "Studi in onore di Arnaldo Biscardi", t. IV, Ed. Cisalpino-Goliardica, Milano, 1983, págs. 101 y ss. Se trataría de un derecho de naturaleza política dirigido contra los excesos de poder coercitivo del magistrado en el proceso penal "ordinario", ya que el proceso comicial en el que se insertaba no puede ser considerado una instancia de segundo grado. No hay duda sin embargo de que existe una cierta analogía desde el punto de vista funcional entre esta institución y la apelación. También en este sentido, SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Casanova Ed. in Parma, 1992, pág. 130.
- (3) Como tal garantía del ciudadano romano correspondía exclusivamente al que lo era de pleno derecho y en cuanto miembro de los comicios, y no por lo tanto, al menos originariamente, al esclavo, al extranjero, y tampoco a las mujeres, (cfr. GROSSO, G., *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5ª ed., Giappichelli Ed., Torino, 1965, pág. 182).
- (4) En la etapa del proceso comicial la determinación de los hechos punibles, el modo de castigarlos y la forma de actuar la punición, correspondían exclusivamente al magistrado, por lo que no puede hablarse de verdadero proceso, ya que su poder, *coercitio*, es ilimitado, abarcando tanto la prevención como la represión, y la función policial. Cuando la posibilidad de apelar al pueblo reunido en comicios deviene normal puede hablarse de un verdadero proceso, en el que el verdadero juez es el pueblo. Así, BRASIELLO, U., *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Bulzoni Ed., Roma, 1972, pág. 199.
- (5) RODRIGUEZ-ENNES, *La provocatio ad populum...*, cit., págs. 79 y ss. El proceso comicial fue progresivamente sustituido a partir del s. II a. C. por el procedimiento de las *quaestiones*

la sentencia penal dictada, sino que se suspendía desde luego su ejecución, y si la ciudadanía no estaba conforme con ella quedaba abolida (6).

Por supuesto, la apelación no existió en el llamado procedimiento de las *legis actiones*, la más antigua y ritual manifestación del mismo (7), ni según la opinión mayoritaria en el *procedimiento formulario* (8), que coincide con la etapa más brillante de la jurisprudencia romana (9). Por su parte el proceso

perpetuae, tribunales permanentes, al principio sólo competentes para determinados delitos desde entonces considerados públicos en virtud de leyes específicas, con acusación popular y ante un Jurado elegido para tal fin, contra cuya decisión no existe apelación. Estos representan en definitiva el origen del proceso público y acusatorio romano, y se convertirán con el tiempo en el *iudicium publicum* ordinario, (más ampliamente, TORRENT, A., *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, 4ª ed., Zaragoza, 1988, págs. 281 y ss., y también, GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, cit., pág. 311 y ss). Continuó sin embargo durante algún tiempo subsistiendo un grupo de ilícitos penales cuya represión era directamente actuada por el magistrado.

- (6) MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, 1ª p., trad. P. Dorado, Madrid, 1949, pág. 453. Se trataba así de un acto de soberanía, de una *instancia de gracia*, como lo califica este autor, no siendo permitido a los comicios variar ni agravar la pena.
- (7) MIGUEL, J., *Curso de Derecho Romano*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, págs. 43 y ss. El llamado procedimiento de las *legis actiones*, reservado a los ciudadanos romanos y al *ius civile*, en el que la defensa del derecho se llevaba a cabo ante el pretor, y posteriormente ante el juez, mediante palabras y gestos rituales, era un procedimiento sacralizado, basado en el juramento, de matices formalistas y rígides extremas, ya que en el más leve error en las formas determinaba la pérdida del litigio.
- (8) TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1987, págs. 135 y ss., y también IGLESIAS, *Derecho Romano...*, cit., pág. 194. El procedimiento formulario por su parte, surge y se desarrolla en el ámbito del *ius honorarium*, se hallaba dividido en dos fases, al igual que el anterior, una *in iure*, ante el magistrado o pretor, funcionario público, que tiene por objeto la exposición libre y no ritual de las pretensiones de las partes, redactándose luego un pequeño documento, la *formula*, en el que quedaban fijados los términos de la controversia, que sirve en la fase posterior, a modo de instrucción, o de pauta de actuación. La segunda fase, llamada *apud iudicem*, donde tiene lugar la resolución del litigio, se desarrollaba ante un juez privado elegido por las partes. En este procedimiento se actúa o litiga por medio de palabras redactadas o adaptadas al caso concreto, y no por palabras fijas como en el de las *legis actiones*. La fórmula se redactaba por las dos partes ante el pretor, en un acuerdo conocido como *litis contestatio*, con el que finalizaba la primera fase del proceso.
- (9) Sin embargo, según señala MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico, t. II, El Proceso*, Ed. Univ. de Zaragoza, 1980, págs. 324 y ss., y 388 y ss., algunos autores (WENGER), han rectificado más modernamente esta opinión comúnmente aceptada, inclinándose hacia la posibilidad de que la apelación pudiera realmente haber existido en el seno del procedimiento formulario. Se trata probablemente de opiniones deductivas o conjeturales, fundadas más bien en fuentes literarias insuficientes, pues si se dió en época temprana ese recurso dirigido al Emperador tras un litigio privado, debió de tratarse de un proceso tramitado conforme el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, pues no debe olvidarse que ambos sistemas

penal ante la asamblea popular, los comicios, era un juicio de única instancia, no estando previsto ningún medio de impugnación, al ser la sentencia inmediatamente ejecutiva (10).

Tratándose en la etapa clásica de un proceso de origen contractual o arbitral, donde prevalecían por encima de todo los intereses de los particulares, en el que los litigantes se obligaban a cumplir la sentencia en virtud del acuerdo de *litis contestatio*, eje central alrededor del cual gira todo el proceso, éste se configuraba como un medio de resolver controversias a través de un *iudex privatum*, que no tenía carácter de funcionario estatal, por tanto con una estructura esencialmente privatística, aunque existiera una cierta intervención pública en la fase inicial *in iure*. En consecuencia, la sentencia que pone fin al proceso no puede someterse al control o revisión de un órgano superior, el cual no sólo es inconcebible, ya que si las partes la han aceptado de antemano no es lógico que pueda después ser impugnada, sino inexistente por la propia lógica interna de este sistema procesal llamado del *ordo iudiciorum privatorum*. De este modo las sentencias o son válidas o son nulas y por tanto inexistentes como verdaderamente tales (11).

En esta etapa clásica existieron sin embargo una serie de remedios a fin de evitar la ejecución de las sentencias con vicios de nulidad, contrarias al Derecho o a la equidad, aunque no, según se ha dicho, contra las que aún siendo válidas pueden ser injustas. Se trataba de verdaderas acciones creadas por el procedimiento edictal, pero que funcionaban a modo de medios impugnativos o recursos que como tales podían ser utilizados por las partes. Estos remedios procesales contra las sentencias producían unos efectos semejantes a los que más tarde se conseguirán mediante los recursos (12).

han coexistido durante muchos años de la larga época imperial, por lo que es probable que la referencia a la apelación que hace algún autor como SÜETONIO no tenga que ver con el procedimiento formulario sino con la *cognitio* oficial.

(10) Vid. en tal sentido, SCAPINI, *Diritto e procedura penale...*, cit., pág. 130.

(11) Según ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal*, con Tomé Paule, t. seg., *Proceso Civil*, 2, Ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 13. En el mismo sentido, BECERRA BAUTISTA, *El proceso civil en México*, Ed. Porrúa, México, 1990, pág. 569.

(12) Hasta tal punto que en un momento posterior, señala BECERRA BAUTISTA, *El proceso civil en México...*, cit., pág. 570, cuando se estructura la apelación, aparecerán confundidas las causas que dan lugar a ella y a la nulidad.

Su naturaleza jurídica era muy diversa, al ser completamente diferente la base procesal de cada una de ellas.

Así por ejemplo, la *actio si iudex litem suam facerit*, que se dirigía contra el propio juez y era cercana a la responsabilidad objetiva (13). En virtud de ella, toda persona perjudicada por un fallo judicial disponía en su favor de una acción contra el juez, cuando por cualquier causa, le hubiese dañado con su sentencia. Se trata probablemente de una acción de carácter muy arcaico, dado su matiz taliónico, ya que imponía al juez como condena una sanción pecuniaria exactamente igual al daño que había causado con su fallo, sin tener en cuenta la existencia o no de intencionalidad ni la posible negligencia culpable en su producción.

Por su parte, la *actio iudicati* fue también utilizada de modo indirecto como recurso, en opinión de algunos autores. La ejecución, una vez finalizado el litigio, fue primitivamente de tipo expeditivo e incluso de carácter personal, mediante la sujeción del demandado, habiéndose mitigado después este rigor mediante la posibilidad de la *venditio bonorum*, o subasta general de todos los bienes del ejecutado. Si el vencido se negaba a cumplir la sentencia, era necesario ejercitar dicha *actio iudicati*, en cuyo caso se abría un nuevo *iudicium*, de tipo ordinario y común, donde podía oponerse a la pretensión del actor, aduciendo las razones en contra de la sentencia. Si el nuevo fallo judicial daba la razón al actor, el *iudicatus* que se había opuesto a la ejecución debía ser condenado inexorablemente al doble de la cuantía litigiosa, como sanción al reo que sin causa obstaculiza el cumplimiento de la sentencia. Esta *infinitatio in duplum* o negativa a cumplir la sentencia fue la única posible en la época clásica, pero aunque sea dudoso, es posible que en una etapa posterior pudiera el demandado tomar la iniciativa e impugnar él mismo la sentencia sin necesidad de tomar aquella postura pasiva de la *infinitatio*, aunque siempre asumiendo el riesgo de pagar el doble (*revocatio in duplum*) en caso de ratificarse la sentencia (14).

Finalmente, la *restitutio in integrum* constituía también un remedio revocatorio de carácter general previsto en el edicto, que permitía a ambos

(13) A la que se refieren MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico...*, cit., pág. 325, y ALVAREZ ABUNDANCIA, "La apelación civil plena y la apelación limitada en los Derechos Histórico y Comparado y en el vigente ordenamiento procesal español", en *La Ley*, 1984-4, pág. 1167.

(14) Tal es la opinión de MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico...*, cit., pág. 326.

litigantes obtener la anulación de cualquier acto jurídico válido, testamentos, transmisiones, etc. Mediante esta acción se podía lograr en casos excepcionales la nulidad de la sentencia, pero sólo en virtud de causas extrínsecas a la propia regularidad formal del procedimiento para su obtención, cuya gravedad, con base en el engaño, amenazas o la intimidación sufrida por el *iudex*, partes o testigos, aconsejaba la declaración de nulidad de la misma, por lo que puede ser considerada como el antecedente de la actual demanda de revisión. Se trataba, no obstante, de un acto de jurisdicción no ordinaria, en virtud del cual el magistrado tenía la sentencia por no dictada, restituyendo la cuestión a su estado anterior, como si no se hubiese fallado el litigio, con lo que se daba una cierta invasión por parte del pretor de las atribuciones propias del juez, a quien correspondía en principio exclusivamente conocer las cuestiones de fondo. Aunque este remedio no fue concebido originariamente como un recurso procesal, pudo sin embargo ser utilizado como tal, pues todas las sentencias válidas podían arrastrar en ocasiones a una situación inicua causando daños a cualquiera de los litigantes (15).

Estos fueron los remedios procesales que sin ser propiamente recursos, al menos según la idea que hoy tenemos de ellos, pudieron ser empleados en el procedimiento formulario para revocar la sentencia o reparar los daños que el fallo injusto hubiere causado. No debió de existir sin embargo, según la opinión mayoritaria, la apelación (16), un medio de anular o revocar la sentencia que descansa necesariamente en una organización política y en una administración estatal de la justicia totalmente incompatible con la de la época clásica romana.

En el Derecho Romano de la *época postclásica*, una larga etapa histórica que abarca desde el emperador Augusto hasta Justiniano, el llamado

(15) MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico...*, cit., pág. 328.

(16) Aunque alguna fuente literaria, (SUETONIO, *De Vita Caesarum, Augusto, 33, Nerón, 10*), alude a la existencia de la misma en la época altoimperial, durante parte de la cual coexistieron ambos sistemas, formulario y cognitorio. En la primera de estas referencias puede en efecto leerse: *Delegaba todos los años en un pretor romano, para juzgar en última instancia las apelaciones interpuestas por los litigantes residentes en Roma, y en ex cónsules para resolver las apelaciones de los habitantes de provincias para lo cual designaba a un ex consul para cada provincia y le ponía al frente de estos servicios*, (Cfr. SUETONIO, *Vida de los Doce Cesares*, trad. de BASSOLS DE CLIMENT, Ed. Alma Mater, Barcelona, 1964, vol. I, pág. 107).

procedimiento de la *cognitio extraordinem* va poco a poco sustituyendo tanto al antiguo *ordo iudiciorum privatorum* como al *publicorum*, hasta convertirse en el proceso ordinario (17). En el campo procesal penal es posible también detectar el surgimiento, al lado del proceso ordinario de las *quaestiones*, de un procedimiento actuado por el Emperador, asistido de un *consilium* de magistrados y funcionarios imperiales (18).

Se trata de un cambio de mucha mayor envergadura que el que supuso la aparición del procedimiento formulario frente al anterior de las *legis actiones*, ya que supone un orden de ideas totalmente distinto. En dicho sistema el proceso ha perdido su carácter privado para hacerse público y estatalizado a lo largo de todo su desarrollo, de acuerdo con las nuevas concepciones que el poder político imperial aporta. En el mismo desaparece la antigua división en dos fases, *in iure* y *apud iudicem*, de modo que el magistrado es ahora quien conoce de la controversia entera, la cual no es ya un *iudicium* sino una simple *cognitio*, calificativo empleado para subrayar la antítesis entre el procedimiento del *ordo* y este otro donde el magistrado se reserva por *imperium* el conocimiento y la solución mediante un *decretum*. Así, la sentencia no tiene ya su origen en la *litis contestatio*, aunque las fuentes seguirán refiriéndose a ella por pura inercia, sino que es expresión de la voluntad pública, radicando en definitiva en la jurisdicción política su fuerza de obligar (19).

La aparición de este nuevo sistema de enjuiciar puede ser explicada desde diversos puntos de vista, como el creciente poder imperial, cada vez más absorbente a partir del emperador Augusto, que produjo también la codificación edictal, por entenderse que la función normativa es privativa e irrenunciable del Estado, junto con la influencia centrípeta de las provincias,

(17) Esta nueva forma procesal, llamada también procedimiento cognitorio, no tiene, pese a su denominación, carácter excepcional o anormal, sino que simplemente aparece en principio fuera o al margen del ámbito del clásico *ordo iudiciorum privatorum*, hasta llegar por completo a sustituirlo.

(18) BURDESE, *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, 3ª ed., Torino, 1987, págs. 235 y 236. La *cognitio extraordinem* penal se caracteriza además por la vigencia de principio inquisitivo por contraposición al acusatorio que rige el de las *quaestiones*, al que finalmente llega a sustituir por completo en la etapa imperial.

(19) Vid. SANFILIPO, C., *Istituzioni di Diritto Romano*, 8ª ed., Libreria Ed. Torre, Catania, 1992, pág. 130.

menos romanizadas y por tanto alejadas de las costumbres tradicionales de Roma, las que se organizaron desde el principio con arreglo al procedimiento cognitorio, influencia que acabó por alcanzar a todo el Imperio.

Al lado de estas razones de tipo histórico, social o político, se aducen otras de tipo específicamente procesal para explicar el origen de este procedimiento, como los *rescripta* del Príncipe, en los que éste daba su opinión sobre una cuestión difícil o debatida, orientando a los *iudex* privados, a través de un procedimiento, residenciado en la burocracia imperial, no demasiado diferente a como tenía lugar la intervención del magistrado. Con posterioridad, la intervención de aquél llegará hasta la decisión del asunto mediante sentencia (*decreta*), a veces en primera instancia y, cada vez más frecuentemente, en apelación (20). Lo cierto es que en esta forma procesal comienzan a existir las limitaciones competenciales de los jueces por razón del valor, materia y territorio, mientras que se tienden a perder, a partir de Constantino, ciertas características como la de la publicidad, con la aparición del secreto, la prevalencia de la escritura y la actuación por medio de *advocati*, con lo que tiene lugar la aparición de los gastos procesales y los honorarios de aquéllos (21).

Un rasgo especialísimo de este tipo procesal es precisamente el de la existencia en su seno del recurso de apelación, tanto en el ámbito civil como en el criminal (22), cuya aparición sienta las bases del proceso moderno, y supone un giro espectacular en la concepción del proceso romano.

En efecto, el magistrado era ya en esta época un funcionario, que actuaba por delegación, y se halla incardinado en una organización, una Administración de Justicia que es a partir de entonces una función del poder público, en la que se manifiesta el carácter burocrático y jerarquizado del régimen romano tardío, de tipo casi militar, que culmina en el Emperador,

(20) SANFILIPO, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., págs. 128 y 129.

(21) TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, cit., págs. 190 y 191.

(22) BURDESE, *Manuale di Diritto Pubblico Romano*, cit., pág. 258. La figura de la *provocatio*, que ya había perdido casi toda su vigencia, acabará por identificarse con el instituto de la *appellatio*, que se había venido desarrollando de modo independiente, (cfr. GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, cit., pág. 415).

del que ha recibido su poder y que ostenta el control político, de modo que cuando actúa de modo injusto puede corregir al inferior. El medio a través del cual se lleva la sentencia válida pero injusta ante el funcionario superior, y en última instancia ante el Emperador, a fin de que la sustituya por otra de mayor justicia, es precisamente el recurso de apelación (23).

La *appellatio*, llamada también *provocatio* o *supplicatio*, tenía en esta época ya un carácter jerárquico, de *minore ad maiorem iudicem*, de modo que el fallo era siempre susceptible de ser revisado por otro magistrado de categoría superior al que ha dictado la sentencia (24). En el nuevo régimen político inaugurado a fines del siglo III d. C., apoyado sobre un principio autoritario, las sentencias comenzaron a ser vistas como meros actos decisorios dimanantes de una autoridad y en consecuencia sometidas como todos al supremo mando imperial. Hay que tener en cuenta que los jueces eran entonces autoridades similares a las políticas, siendo inconcebible un Poder Judicial independiente en esta época (25). Esta nueva concepción del proceso y del fallo es la que abre el camino a la aparición de la apelación, ya que la sentencia, como cualquier otro acto de gobierno, puede ser revisada legítimamente por la autoridad superior. De este modo, la consagración de la apelación significa la superación de todo rastro privatístico del proceso de los tiempos del *ordo iudiciorum privatorum* (26), pues las partes se encuentran

(23) IGLESIAS, *Derecho Romano...*, cit., pág. 202, TOPASIO FERRETTI, *Derecho Romano...*, cit., pág. 175. Este es el sentido del famoso texto de ULPIANO recogido por el Digesto, Libro XLIX, tit. I, 1, acerca de la frecuente y necesaria práctica de las apelaciones *ya que sirve para enmendar la injusticia o la impericia de los jueces, por más que a veces sirva para empeorar sentencias bien dadas y no siempre va a sentenciar mejor el que lo hace en último lugar* (Digesto de Justiniano, t. III, versión de A. D'ORS y otros, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 751).

(24) Un ejemplo de estas apelaciones sucesivas puede verse en Dig. L. XLV, tit. I, 122, 5, donde se describe una apelación ante el Príncipe, contra una sentencia a su vez dictada en apelación.

(25) MURGA GENER, *Derecho Procesal Clásico...*, cit., págs. 388 y ss.

(26) Algunos autores han situado en tiempos más remotos el origen de la apelación, relacionándola con la *appellatio tribunorum*, o con la *provocatio ad populum* de la época republicana, tesis que la doctrina más moderna rechaza, al considerarla como una institución totalmente nueva, basada sobre el Derecho imperial, y en concreto sobre la praxis de la *cognitio extra ordinem*. Seguramente las apelaciones contra sentencias del ordo fueron posteriores, como una extensión impropia y arbitraria, ya que contravenían totalmente los principios del mismo. Es con el nuevo sistema que la apelación se va afirmando progresivamente, participando de todos sus principios y vicisitudes, y contribuyendo a una progresiva nivelación de todos los juicios civiles y penales hacia formas procesales unitarias,

a partir de este momento y ya para siempre en el litigio no frente a frente, sino ambas ante el poder jurisdiccional del Estado.

La aparición de la justicia funcional y jerarquizada está por lo tanto íntimamente ligada a la de la apelación. Si ello puede hacernos sentir nostalgia del antiguo sistema, ajeno a las presiones del poder político, pensemos que el nuevo significa por contra el punto máximo de sujeción del juez a la norma, ya que anteriormente el mismo no tenía porqué ser perito en Derecho, aunque podía disponer de *adseores*, mientras que el nuevo juez funcionario está obligado a fallar con arreglo a las normas.

Probablemente la potestad de juzgar en apelación no tiene un origen legislativo (27), sino que proviene de la absoluta supremacía de hecho que llegaron a asumir los emperadores, una *auctoritas* que no era identificable con ninguna de las potestades singulares en que se encarnaba. Sobre la misma se fue desarrollando el sistema de la *cognitio* y a través de ella todas las demás formas de intervención imperial en el campo del Derecho, además de el poder de juzgar en apelación, que nace directamente de la praxis de dicha nueva forma procesal (28).

Reglamentada en la época altoimperial (29), la apelación se va desarrollando, a partir de Augusto y a lo largo de varios siglos, en la práctica

a la vez que significa la eliminación del antiguo sistema procesal. (TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 206). Otros autores relacionan la *provocatio ad populum* con el proceso penal de la etapa republicana exclusivamente, como un llamamiento dirigido al pueblo reunido en asamblea, para la revisión de las penas capitales, a la vez que reafirman la originalidad de la apelación postclásica. Así por ej., ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano*, Ed. Giappichelli, Turín, 1952, págs. 149 y ss.

(27) Aunque algunos autores hayan creído verlo en la atribución a Augusto, en el año 30 a. d. C. de dichas facultades por las *Leges Iuliae Iudiciorum*, o por la Lex de Imperio. Este es el caso de PETIT, E., (*Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. Ferrández González, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, pág. 646), para quien la apelación tiene su origen sin duda alguna en el derecho que pertenecía a todo magistrado bajo la República de oponer su *veto* a las decisiones de otro igual o inferior, en la *intercessio*. El magistrado delante de quien se llevaba no se conformaba con oponer su veto a la sentencia, la anulaba también y la reemplazaba por una nueva sentencia.

(28) ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano...*, cit., págs. 196 y 197, y también DI PIETRO y LAPIEZA ELLI, *Manual de Derecho Romano*, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 191.

(29) La apelación de la *cognitio* postclásica viene recogida y ampliamente tratada en el Digesto, en su libro XLIX, títulos I a XIV, que se refiere a los *libri de appellationibus* de los jurisconsultos Paulo, Ulpiano, Marciano, y Emilio Macro.

y sin una precisa regulación, la cual después se tomará de la norma consuetudinaria y de una serie de constituciones imperiales que afectaron a puntos particulares del recurso. Este sólo cabe en el Derecho de Roma contra sentencias definitivas, no contra decisiones interlocutorias, y únicamente pueden atacarse merced a él sentencias válidas, pues la concurrencia de una causa de invalidez hacía que aquéllas fueran consideradas inexistentes y faltas de efectos sin necesidad de impugnación (30).

Debía la apelación ser interpuesta ante el magistrado superior, sin quebrantar el orden burocrático riguroso de la administración imperial (31), pudiendo llegar incluso hasta el Emperador, órgano supremo del poder político. En algún momento de su evolución es posible apelar también contra la segunda sentencia, de modo que es la tercera la que resuelve definitivamente el litigio (32). Legitimados para apelar estaban los que habían sido parte en el primer juicio, además de los terceros en determinados casos, debiendo resaltarse que algunas fuentes romanas hablan de un *ius* o de una

(30) Hay que tener en cuenta que dichas causas de invalidez eran mucho más amplias de las que hoy son motivo de nulidad. Entre ellas cita ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano...* cit., págs. 277 y ss., no sólo las relativas a la falta de presupuestos procesales en el juez o las partes, las pronunciadas sin las debidas formas, sino las sentencias pronunciadas fuera de los límites en que ha sido fijada la controversia, y las dictadas *contra leges et constitutiones*, causa esta última que tiende a reforzar el valor de la legislación imperial, a la vez que significa la total subordinación del juez a la ley.

(31) En la administración imperial los funcionarios más importantes eran los *praefecti praetorio*, que en el siglo III d. C. sustituyeron al Emperador en las apelaciones de sentencias tanto civiles como criminales. Inferior categoría ostentaban los secretarios de la cancillería imperial, de entre los cuales el encargado de la secretaría *a cognitionibus* tenía encomendada la instrucción de las causas sometidas *extra ordinem* al Emperador. Con Constantino, al *quaestor sacri palatii* correspondía la preparación de las decisiones judiciales en los escasos asuntos admitidos a resolución imperial, ya que en esta época tardía el Emperador raramente juzgaba en apelación, estando delegada esta función en los prefectos pretorios, que conocían de las apelaciones contra sentencias de los *rectores* provinciales en los casos más graves, y por regla general en los *vicarii*, gobernadores de la diócesis, formada por varias provincias. Vid. sobre el tema, PARICIO, y FERNANDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, Ed. C.E.R.A., Madrid, 1995, págs. 106 y ss., y 144 y ss., o MARRONE, M., *Istituzioni di Diritto Romano, Ius, Fonti, Processo*, Ed. Palumbo, Palermo, 1984, págs. 145 y ss.

(32) PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., Giappichelli Ed., Torino, 1990, pág. 791, y también RASCON GARCIA, *Manual de Derecho Romano*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 291. Como ha señalado TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Ed., Milano, 1990, pág. 370, la superposición y el entrecruce de los diversos funcionarios competentes para pronunciarse en apelación creó un número variable de grados de jurisdicción. De todas maneras, Justiniano prohibirá apelar al Emperador a quien tenga ya en su contra dos sentencias desfavorables.

facultas appellandi (33), siendo la regla general la de que puede apelar quien tiene interés en promover la reforma de la sentencia (34). Causa de exclusión subjetiva de la legitimación la constituye por ejemplo la contumacia en el primer juicio o la renuncia previa a la apelación (35).

La apelación obedecía principalmente en su interposición al principio de escritura (*libelli appellatorii*), aún cuando en la época postclásica parece deducirse de una constitución de Constantino que también podía formularse de modo verbal (*appellare voce*) (36). Podía apelarse contra la sentencia en general o contra alguno de sus pronunciamientos en concreto, tal como se deduce del Digesto (37). Producía lo que hoy llamamos efecto suspensivo de la ejecución, hasta la terminación del procedimiento apelatorio, de modo que “nada debe alterarse entretanto”, tanto si se ha admitido la apelación, como si no lo fue, a fin de evitar todo perjuicio en tanto se delibera sobre su admisión (38). En cuanto al efecto devolutivo, se producía sólo en el caso de que fuere admitido el recurso.

El juez inferior no podía, so pena de incurrir en un auténtico delito, rechazar la admisión de la apelación interpuesta ante él, en el sentido de obstaculizarla indebidamente o por negligencia (39). Las causas de inadmisibilidad eran, además de los defectos de forma en la interposición o

(33) Por ej., Dig., XLIX, I, 1, 1, y también en XLIX, I, 4, 3. Para algún autor sin embargo, y con referencia al proceso penal, la apelación que tenía lugar ante el Príncipe no era un derecho del condenado, sino una gracia que aquél podía conceder o no, (cfr. GUARINO, A., *Storia del Diritto Romano*, Ed. Jovene Napoli, 8ª ed., Napoli, 1990, pág. 436).

(34) *Is cuius interest appellare potest*, (Dig. XLIX, I, 4, 2).

(35) Dig. XLIX, I, 23, 3, y también en XLIX, II, 1, 3.

(36) Para ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano...*, cit., págs. 238 y ss., esta es probablemente la forma más antigua de apelar y la más congruente con el origen del término, a la vez que con la tradición procesal romana. Tenía lugar mediante la pronunciación de la palabra *appello* o *provoco*, en el mismo día del pronunciamiento de la sentencia, seguida de la indicación del juez superior de quien se invocaba el juicio. Esta forma de apelar acabará por ceder el paso a la escrita, al no poderse siempre indicar el objeto del recurso, aunque ello no parece que fuera necesario.

(37) Dig. XLIX, I, 13.

(38) Dig. XLIX, V, 6 y también en XLIX, VII, 1, 1.

(39) Cfr. en tal sentido, SCAPINI, *Diritto e procedura penale...*, cit., pág. 163. Parece haber existido ya en este tiempo la posibilidad de reclamar contra la inadmisión de la apelación, como se deduce de Dig. XLIX, V, 5, 5, mediante una nueva apelación, distinta de la primera, que tenía por objeto precisamente el rechazo de ésta, interpuesta directamente ante el Emperador o ante el juez superior, a la manera de nuestro actual recurso de queja.

la inobservancia del término, la falta de legitimación para apelar, o la inimpugnabilidad de la resolución (40).

El plazo para la interposición en forma escrita era de dos días (*biduum*), o de tres (*triduum*), según que se tratase de una parte que intervino en primera instancia o si venía promovida por quien, aun interesado en la revisión del litigio, no lo fue anteriormente. Posteriormente dicho plazo fue ampliado a diez días, para los supuestos en que el juez inferior no estaba en disposición de recibir personalmente el libelo o escrito de apelación. Existía también la posibilidad de apelar directamente al Emperador (41), así como directamente ante el juez superior cuando no es posible encontrar al que ha pronunciado la sentencia (42), o mediante la fijación del libelo en un sitio público (43).

Admitida la apelación, el juez debía redactar una relación, llamada *litterae dimissoriae* o *apostoli*, donde se plasmaban por escrito las razones alegadas por el apelante, a fin de que el magistrado superior, al que se le remitían, pudiera hacerse cargo del asunto litigioso (44). En la segunda fase ante el juez superior la iniciativa procesal correspondía en gran medida al apelante, que era el encargado de hacer llegar ante él las *litterae dimissoriae*, sin que las fuentes proporcionen noticia segura acerca del plazo para realizarlo, ni las consecuencias de la falta de dicha entrega.

La comparecencia ante el tribunal superior era obligatoria, confirmándose la sentencia en caso de ausencia del apelante, supliendo el juez en cambio con su propia autoridad la del apelado, ya que la sentencia anterior gozaba de una presunción de legitimidad, que debía defender dicho juez cuando por razones de ausencia nadie se oponga a la apelación. Ante el juez superior tenía lugar un nuevo juicio con una marcada libertad en las formas, una vez superada la etapa del procedimiento formulario. Desde la recepción de la apelación ante el juez superior hasta la fijación de una audiencia a las partes transcurría a menudo un tiempo demasiado largo, con lo que la lentitud apareció muy pronto como uno de los inconvenientes de esta institución (45).

(40) Según ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano...*, cit., págs. 372 y ss.

(41) Dig. XLIX, I, 25.

(42) Dig. XLIX, IV, 1, 10.

(43) Dig. XLIX, I, 7.

(44) Dig. L, XVI, 106.

(45) Cfr. ORESTANO, *L'appello civile in Diritto Romano...*, cit., pág. 420.

La tramitación del recurso, que era relativamente sencilla, no podía exceder de dos años, y si era desestimada, *appellatio iniusta*, el apelante debía abonar al apelado el cuádruplo de las costas de la segunda instancia, pudiéndose también imponer penas pecuniarias accesorias al apelante temerario. Como característica importante debe destacarse que se trataba de una *apelación plena*, una repetición del juicio, pudiendo el apelante alegar nuevos hechos, excepciones y proponer nuevas pruebas para fundamentar su recurso, permitiéndose igualmente al apelado aducir todas las razones que estimase oportunas en contra de la apelación. También es importante resaltar que no existía la prohibición de *reformatio in peius*, pudiendo la sentencia de segunda instancia ser más desfavorable para el recurrente aún cuando no lo pidiese el apelado (46), así como, además de anular la sentencia anterior, reformarla en su contenido e incluso innovar por esta vía (47).

Sin perjuicio de todo ello, coexisten en esta época junto con la apelación, algunos de los remedios anteriormente citados, como la *restitutio in integrum*, que vió ampliados sus supuestos al caso de que la sentencia hubiera sido obtenida en virtud de pruebas falsas.

Frente a la concepción amplia de la apelación en las épocas anteriores del Derecho Romano, en la etapa constantiniana surge el criterio legal restrictivo, prohibiéndose la formulación de nuevas demandas en segunda instancia y la práctica de nuevas pruebas. Sin embargo, tal evolución no tiene carácter lineal, ya que en el Derecho justiniano fue admitido de modo general el *ius novorum* en apelación, permitiéndose la alegación de nuevos hechos, presentación de nuevas pruebas y excepciones, criterios que volvieron a configurar la apelación como un *novum iudicium*.

Por último, quizás en razón de su mayor importancia desde el punto de vista del orden público (48), las sentencias penales no participaron, ya desde el Derecho Romano, de la apelabilidad general de que gozaron las

(46) Cfr. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, I, Ed. RDP, Madrid, 1951, pág. 181.

(47) VOCI, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, 4ª ed., Giuffrè Ed., Milano, 1994, pág. 220, con referencia a Dig. XXVIII, IV, 3, y Dig. IV, IV, 38.

(48) Cfr. en tal sentido, AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho castellano*, Ed. Reus, Madrid, 1982, pág. 83.

pronunciadas en procesos civiles. Precisamente en la gravedad de determinados delitos se encuentra, según la ideología dominante en el contexto político social de aquella época, la justificación lógica para la excepción a la regla del doble grado de jurisdicción, considerándose que para su prevención, más que para su represión, opera de modo más completo la amenaza de una condena capital sin posibilidad de apelación (49). En consecuencia, se contemplaron algunas excepciones a la apelación en supuestos de delitos especialmente graves, que debidamente probados y confesados por el reo, hacían inatacable la sentencia, como era el caso del adulterio, homicidio, envenenamiento, brujería, y violencia manifiesta (50).

Fuera de estos casos, la apelación civil y la criminal estuvieron siempre conexas entre sí, y en lo esencial su desarrollo fue revistiendo las mismas formas (51), pudiendo apelarse de toda sentencia definitiva (52), que causara perjuicio a cualquiera de las partes, incluido el actor, permitiéndose incluso la interposición por los terceros en el caso de la pena capital, aun sin que para ello hubiere dado poderes el condenado y hasta en contra de su voluntad. La apelación en el proceso penal tenía también efectos suspensivos de la ejecución de la sentencia, y devolutivos, invistiendo al juez superior del total conocimiento de la causa, con independencia de la parte de la sentencia impugnada y prescindiendo de los motivos en la interposición (53). Por contra, el tribunal superior podía castigar el delito con pena más grave que la impuesta por el inferior, no existiendo tampoco en este proceso la prohibición de reforma peyorativa (54).

(49) En este sentido, SCAPINI, *Diritto e procedura penale...*, cit., pág. 165. Según MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, 1ª p., cit., pág. 450, cuando la seguridad pública se considerase en peligro por diferir la ejecución de la pena, el juez inferior podía, bajo su responsabilidad, negarse a admitir la apelación.

(50) Codex Justiniano, VII, 65, 2. En otros supuestos, aunque se admitía la apelación, no se producía con efecto suspensivo de la ejecución de la pena, como en los delitos de sedición y robo manifiesto, (cfr. Dig. XLIX, I, 16, y también Dig. XXVIII, III, 6, 9).

(51) MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, 1ª parte, cit., pág. 449.

(52) No por lo general contra providencias interlocutorias, salvo que produjeran perjuicios irreparables, como cuando ordenaban dar tormento, (MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, 1ª p., cit., pág. 450).

(53) SCAPINI, *Diritto e procedura penale...*, cit., pág. 163.

(54) MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, 1ª p., cit., pág. 451.

III. La apelación en el Derecho Común

El Derecho Germánico primitivo desconocía la institución de los recursos, ya que el procedimiento de obtención de la sentencia, pronunciada por un tribunal presidido por un representante del poder soberano en presencia de la asamblea popular, dota a la misma del valor de ley para el caso concreto, transformándola en absolutamente inatacable (55).

La descomposición del Imperio Romano llevó consigo la disolución de las instancias jerárquicas que hacían posible la utilización de la apelación como medio de impugnación de las sentencias (56). De este modo, la fragmentación política característica de la Edad Media no era propicia al desarrollo del recurso de apelación, ya que la inexistencia de un poder central fuerte impidió inicialmente la articulación de un principio de jerarquía judicial, elemento natural para la implantación y desarrollo de aquélla.

En tal sentido, la recepción del Derecho Romano, con las adaptaciones introducidas en el mismo por los canonistas y las modificaciones resultantes de la labor de los glosadores, significó el relanzamiento de la apelación, la que apareció así como un instrumento inmejorable de centralización política, al exigir la constitución y reconocimiento de órganos jurisdiccionales por encima de los poderes locales o señoriales, delegados de uno superior (57). Durante esta etapa, los poderes regio y eclesiástico rivalizaron en la implantación de sus propias vías de recurso, especialmente el de apelación, que llega así a conseguir un gran auge gracias a la naturaleza escrita y

(55) ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal...*, cit., pág. 14, y en el mismo sentido, BECERRA BAUTISTA, *El proceso civil en México...*, cit., pág. 572. Existía únicamente, según el último de los autores citados, un procedimiento de *desaprobación de la sentencia*, en el seno de la asamblea y antes de su proclamación oficial, ante la disconformidad planteada por una de una de las partes o de cualquier miembro de aquélla con la propuesta de sentencia avanzada por los jueces.

(56) Cfr. AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho castellano...*, cit., pág. 51. Sin embargo, como señala esta autora, el sistema feudal imperante en la Alta Edad Media no fue del todo ajeno a ciertas formas de supervisión de la actividad de los juzgadores, basadas en la denegación de justicia o en el juicio falso, injusto, del juez inferior.

(57) El desarrollo de la apelación se vio favorecido en esta época por la temprana centralización que se operó en la estructura de la Iglesia, que propiciaba la idea de que toda jurisdicción era delegada del Papa, (cfr. AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho castellano...*, cit., pág. 52).

enormemente dilatada del proceso del Derecho común, y al concepto amplio de la misma propiciado por el Derecho Canónico, el cual introdujo también las apelaciones interlocutorias (58).

Las diferencias entre los modelos constantiniano y justiniano de apelación plantearon a los glosadores el problema de los límites entre los *vetera* y los *nova capitula*, que suponían un cambio en la demanda, es decir, el problema de cuáles eran las innovaciones que debían de admitirse en apelación y cuáles prohibirse, de modo que se armonizase el principio de libertad de la parte apelante para defender su derecho en la segunda instancia, con el de que el juez de la apelación debe conocer de la misma causa de que antes ha conocido el juez inferior y no de otra (59). Estos discutieron con tesis contradictorias sobre la esencia y amplitud de los *nova capitula*, hasta que, a mediados del siglo XIII, se produjo un cambio de actitud acerca del problema, a raíz de una glosa de Odofredo que repelía las tesis anteriores, manteniendo que en apelación no podía entablarse una acción distinta de la ejercitada en primera instancia, cambiando indebidamente las razones jurídicas, si bien se admitió la posibilidad de nuevas pruebas, subrayándose que lo principal era que en la segunda instancia el debate siguiese girando alrededor del mismo hecho (60).

Por su parte el Derecho Canónico permitió al juez superior el conocimiento de los *nova capitula* derivados de la demanda, admitiendo la presentación de toda clase de pruebas, incluida la testifical, no permitiendo en cambio la prueba sobre los *vetera capitula*, ni la repetición de la ya practicada en primera instancia.

(58) La apelación antes de sentencia se admitía en el Derecho Romano de modo muy excepcional, como ya hemos adelantado, pues la posibilidad de impugnar una resolución interlocutoria entrañaba la idea del proceso como una serie de cuestiones encadenadas, a resolver en un orden lógico, mientras que el proceso romano se concebía unitariamente, como una decisión única sobre un bien de la vida, (en tal sentido, AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho castellano...*, cit., pág. 54). En cambio el Derecho Canónico de las Decretales admitió la posibilidad de alzarse contra toda sentencia interlocutoria, incluso en el proceso penal, salvo en los casos de delitos notorios, donde no se admite apelación de ningún tipo, (cfr. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla, siglos XIII-XVIII*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, pág. 27).

(59) Según ALVAREZ ABUNDANCIA, *La apelación civil plena y la apelación limitada...*, cit., pág. 1168.

(60) AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho castellano...*, cit., págs. 197 y ss.

Como hilo conductor de la evolución de la apelación debe tenerse en cuenta la tensión que este medio de impugnación contra sentencias válidas ha sostenido con los que se dan contra sentencias inválidas o nulas (61). En efecto, según las ideas de influencia romana, la sentencia nula nada puede valer, y su nulidad puede declararse en cualquier momento, lo que conlleva la posibilidad de abrir procesos autónomos para declarar su nulidad, incluso por vía incidental o de excepción. En sentido contrario opera la influencia germánica, según la cual la sentencia es formalmente válida, y no cabe, so pretexto de nulidad, dejar siempre abierta la posibilidad de un proceso sobre la regularidad de ella. La conciliación entre ambos extremos viene dada por el desarrollo en la Baja Edad Media de la llamada *querella nullitatis*, con lo que se introduce un nuevo concepto, el de anulabilidad, que determina la necesidad de una nueva sentencia que constitutivamente declare su invalidez, para desconocer los efectos de una sentencia anterior. La *querella nullitatis* aparece así como un remedio diferenciado de la *querella iniquitatis* o apelación, y con regulación separada, aunque en algunos textos legales se hallen unidos ambos, si bien con finalidades diferentes.

En los textos legales del Derecho Castellano se contienen ejemplos de ambos tipos de regulaciones e influencias. En casi todas las fuentes de la Baja Edad Media, como el Espéculo y las Partidas, se habla de cuatro medios de impugnación de las sentencias entre los que, junto con la suplicación, la *restitutio in integrum* y la nulidad, se encuentra la apelación, ya con el carácter de recurso ordinario y común como hoy lo conocemos, y con sus efectos característicos, devolutivo y suspensivo (62). Si bien en el Fuero Juzgo no aparece referencia alguna a los recursos, en el Fuero Real se regulan como pieza fundamental del sistema de impugnaciones las alzadas o apelaciones (en el tít. XV de su libro II), donde después de establecer que si la sentencia no se impugna ante el juez superior el pleito queda firme y valedero para siempre, se admite conforme a la idea romana la distinción entre pleitos o *juicios valederos* y aquéllos otros *que no son valederos*.

(61) Según ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal...*, cit., pág. 14.

(62) Así por ej. en las Partidas (l. III, tít. 23, 1), se define la *alzada*, como *querella que alguna de las partes face de juicio que fuese dado contra ella, llamando et recorriendose a enmienda de mayor juez*. Por su parte el Espéculo, que la define de modo similar (l. V, tít. 15, proemio), habla de *alzada* por un lado, y de *querella* de nulidad por otro.

Las Leyes de Partidas, cuerpo legal como se sabe de clara influencia romana, regulan también la alzada o apelación como recurso común (Partida Tercera, tít. XXIII), y la conciben como una continuación de la primera instancia, permitiéndose nuevos testimonios sobre los mismos hechos acerca de los que se hubiere depuesto con anterioridad, previo juramento del apelante de que no lo *faze por engaño, nin por malicia, nin por alongamiento*, pudiéndose presentar también los intrumentos que se hubiesen obtenido después del primer juicio. Por su parte el Espéculo y las Leyes de Estilo admitían la formulación de nuevas alegaciones y excepciones perentorias en segunda instancia.

Con posterioridad, el Derecho procesal castellano evolucionó en sentido restrictivo de los elementos que el apelante podía hacer valer en la segunda instancia, prohibiendo la prueba testifical en apelación, norma que a través del Ordenamiento de Alcalá de 1348, va a pervivir durante varios siglos, siendo después incorporada al Ordenamiento de Madrid de 1502, y de Alcalá de 1503.

En el Ordenamiento de Alcalá, que revocó y anuló muchas de las leyes de las Partidas, a la apelación se dedica el título XIII, y a la suplicación para ante el Rey contra las sentencias dictadas por Alcaldes mayores y Adelantados resolviendo apelaciones, el XIV. En ellos se contiene una regulación separada de las apelaciones interlocutorias y de las definitivas, tratándose de limitar la de aquéllas con el fin de no alargar mucho los pleitos. No se admiten acciones declarativas de nulidad contra las sentencias, sino que se arbitra un remedio análogo a la *querella nullitatis*, en el que los motivos de nulidad son tratados como si fueran de anulabilidad, como medio de corregir vicios *in procedendo* o errores de actividad, junto con la verdadera apelación o alzada, mediante la que se trata de corregir vicios *in iudicando*. Contra la sentencia dictada al resolver la *querella nullitatis* no procede ya alegar anulabilidad, aunque se puede en algunos casos apelar o suplicar. Todo ello en franca contradicción con las leyes de Partidas, que sostenían la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (t. XXIV, ley IV, Partida tercera). De todas maneras, las normas de las Partidas, junto con otras de las mencionadas, siguieron en alguna medida vigentes hasta el siglo pasado a través de la Nueva y Novísima Recopilación y aún de normas posteriores, a las que más adelante se hará referencia.

Por lo que respecta al proceso penal, la posición del Derecho Romano contraria a la apelación de la sentencia penal llegó hasta las fuentes bajomedievales (63), creando una presunción negativa en contra de las personas involucradas en delitos especialmente graves, y tendiendo a generalizarse la prohibición de apelar en todas las causas criminales (64).

Así el Fuero Real y las Leyes de Estilo prohibían expresamente la alzada en determinados casos (65). Por su parte los glosadores interpretaron extensivamente las excepciones provenientes del Derecho Romano (66). Las Leyes de Partidas y el Espéculo recogieron también estas restricciones a la apelación en supuestos de delitos estimados de especial gravedad, que requieren rápido y ejemplar castigo, con peligro para el mantenimiento del orden público y la paz, por lo cual la prohibición de apelar estaría fundada en razones de interés público (67). En los demás casos, se admite la apelación ante el inmediato superior jerárquico, aunque puede presentarse directamente ante el Rey (68), incluso por los parientes del condenado y en contra de su voluntad tratándose de delitos de sangre, y también por los extraños si media su consentimiento (69). Se permitía la práctica de nuevas pruebas en

(63) El proceso penal de los Fueros municipales, de corte sustancialmente privatista, desconoció la institución de los recursos, al menos hasta sus momentos finales, en que se recoge la apelación al Rey, (sobre el tema, *vid.* ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla...*, cit., págs. 3-11).

(64) Según AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho Castellano...*, cit., pág. 83.

(65) Fuero Real, l. II, tít. 15, 1, y Leyes del Estilo, 101 y 163, donde se especifica que la prohibición venía referida a los pleitos criminales *en que si fueren probados hay muerte o perdimiento de miembro*, es decir, en los casos de delitos más graves.

(66) ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla...*, cit., pág. 269; así también AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho Castellano...*, cit., pág. 83. Por ej. interpretando que el reo convicto y confeso no sólo no podía apelar en los delitos graves citados por el Codex, sino en ninguna causa penal, o negando de modo absoluto la posibilidad antes existente de apelar en un sólo efecto.

(67) Se trataba de delitos que porque *yerran mucho contra Dios, et a nos et contra el pro comunal de los pueblos*, si el reo estaba convicto y confeso eran inapelables: *ladrones conocidos, et revolvedores de los pueblos, et los cabdillos o mayores dellos en en aquellos malos bollicios, et los forzadores de las vírgenes o de las vívdas o de las otras mugeres religiosas, et los falsadores de oro, o de plata, o de moneda o de sello de rey, et los que matan a yerbas, o a traycion o aleve*, (Partidas, III, 23, 16, y Espéculo V, 14, 11, en términos similares). No se admite en las Partidas la apelación contra sentencias interlocutorias, salvo contra la que manda dar tormento (III, 23, 13), ya que causa un perjuicio irreparable, excepción que proviene del Derecho Romano.

(68) Partidas, III, 23, 1 y 18.

(69) Partidas, III, 23, 6.

apelación, y la reiteración de ésta dos o tres veces según que sus resultados fueran confirmatorios o revocatorios (70). Finalmente, además de otros recursos como la merced real, la restitución y contra la sentencia dada en virtud de pruebas falsas (71), con la apelación conviven varios supuestos de nulidad de la sentencia, pudiéndose ésta revocar en cualquier momento, dándose por inexistente (72).

Con posterioridad, la literatura jurídica (73), entendió que las leyes de Partidas habían derogado las normas del Fuero Real y de las Leyes de Estilo que consignaban en general la inapelabilidad de la sentencia penal, por lo que, desde ese momento se consideró que todas ellas eran apelables salvo en los casos excepcionados por dicha ley, cuando se obtuviese o bien prueba cierta o confesión del reo. Es interesante por ello consignar que la inapelabilidad de las sentencias penales se consideró por los autores renacentistas como atentatoria a las ideas humanitarias y lógicas más básicas (74).

Las restricciones a la apelación continuaron estando sin embargo vigentes en la doctrina de los glosadores (75), en los casos de reo convicto

(70) Partidas, III, 23, 25.

(71) Cfr. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla...*, cit., págs. 61-62.

(72) Partidas, III, 26, 4, y 5. Los supuestos de nulidad hacen referencia a la sentencia dada sin acuerdo de todos los jueces, o fuera del plazo concedido para juzgar, sin haber emplazado a todas las partes, o habiendo condenado a mayor pena de la que correspondería por el delito.

(73) A la que se refiere AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho Castellano...*, cit., pág. 84.

(74) Por su tremenda actualidad, no nos resistimos a recordar las palabras de BONIFACIO, que en su Glosa a Peregrina, fo. 41, decía que *tal prohibición atentaba directamente contra Dios y contra la razón, contra Dios por cuanto que podía dar lugar al castigo de inocentes, y contra la razón, porque resultaba incoherente que las causas civiles de cuantías insignificantes admitiesen apelación, y sin embargo aquellas en que la integridad y la vida humana estaban en juego, no fuesen apelables*, (cit. por AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho Castellano...*, cit., pág. 85).

(75) Señala ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla...*, cit., págs. 270 y ss., que en este sentido la construcción doctrinal de autores como Antonio GOMEZ, o CASTILLO DE BOVADILLA, fue muy dura, respaldando hasta extremos insospechados la posibilidad de denegar la apelación en multitud de casos, con lo que justamente en aquellos delitos en los que por la gravedad y dureza de las penas impuestas más necesaria se hacía se vió privada en sus obras de toda eficacia como instrumento de garantía de los particulares frente a los errores en que los jueces podían incurrir, dado el margen de libertad en que se movían en el proceso. Con ello, la práctica de denegar las apelaciones, o de ejecutar la sentencia a pesar de su existencia, estaría muy extendida, constituyendo en este período una de tantas cuestiones dejadas a la libre disposición de los jueces.

y de confesión, que a estos efectos no podía ser arrancada bajo tormento, sino hecha por él espontáneamente o ratificada después de haber finalizado, y en los de prueba cierta. Esta última era la que se deducía de la evidencia presentada por *buenos testigos*, en número de dos o tres como mínimo, de manera que sobre los hechos no pudiese haber duda alguna. Otras excepciones provenían de los casos de *delitos notorios*, cometidos en presencia del pueblo o de la mayor parte de él, probable antecedente de los actuales delitos flagrantes, y en las causas que versaban sobre delito que por su frecuencia en algún territorio determinado atentaban contra el mantenimiento de la paz y el orden, en las que se pretendía que se ejecutasen de modo inmediato las sentencias.

Esta última norma, ya contenida en las Partidas (76), fue aprovechada y desarrollada por la legislación posterior de los Reyes Católicos y aún de Felipe IV (77), ante el alarmante estado de inseguridad que reinaba en Castilla, estableciéndose un procedimiento sumario por delitos contra la propiedad, que propiciaba la ejecutabilidad inmediata de las sentencias, aún en los hipotéticos casos en que se admitiese apelación (78). Esta legislación esporádica que intentaba detener la producción de desórdenes públicos privando de garantías procesales a los reos de delitos de frecuente comisión está encuadrada en un sistema jurídico hostil en general a cualquier dilación en la ejecución de las penas (79). En tal sentido, el orden de las apelaciones era en la esfera penal diferente y especialmente estricto frente al civil (80).

IV. Apelación en la etapa anterior a la codificación procesal

La legislación procesal del siglo XIX no supuso apenas modificaciones en el desarrollo de nuestro proceso y tampoco en el sentido restrictivo de la

(76) Partidas, VII, 31, 8.

(77) En las Cortes de Madrigal de 1476, en Pragmática de 1663, y en Cédula de 1783.

(78) AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho Castellano...*, cit., págs. 86-87.

(79) Al margen de las excepciones normativas y de la construcción doctrinal, los reyes podían prohibir la apelación siempre que lo estimasen conveniente, como un atributo más de su soberanía, y sin especificación de motivos, en función de necesidades materiales o meramente coyunturales, (vid. en tal sentido, ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla...*, cit., págs. 272-3).

(80) AIKIN ARALUCE, *Ibidem*. De la sentencia dada por los llamados Alcaldes de Hermandad se apelaba ante la Sala del Crimen de las Audiencias y Chancillerías, o ante los Alcaldes de Cortes, cuyas sentencias sólo admitían un procedimiento de revista.

apelación que había perdurado durante siglos, sino que incluso se reafirmó en tal tendencia. Así el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835*, en su art. 65 se remite a las leyes antiguas en materia de prueba en apelación, exigiendo a las Audiencias que mantuviesen su actitud restrictiva en tal punto, cerrando la puerta a tales probanzas cuando fueren inútiles o improcedentes, y a toda dilación maliciosa o indebida.

Por otra parte, la nulidad fue progresivamente considerada como un recurso, desapareciendo al mismo tiempo la acción de nulidad propiamente dicha, sustituida por el recurso ante el órgano superior, a manera de *querella nullitatis*. Si el medio de impugnación ordinario es la apelación y el recurso de nulidad se puede interponer conjunta o separadamente con aquélla, se está ya a un paso de la fusión de ambos (81). De este modo, el recurso de apelación actual aparece, sobre todo después de la reforma de la ley procesal civil por ley 34/1984, que eliminó el incidente de nulidad de actuaciones, y de la regulación de nulidades de oficio por la LOPJ, como heredero también del recurso de nulidad del Derecho Común (82).

La primera *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, recogió igualmente el espíritu de la legislación anterior, adaptando su sistemática a la de la ley procesal mercantil de 1830 (83). De este modo, en segunda instancia las partes podían exigirse mutuamente confesión, sobre hechos que no hubiesen

(81) El punto de inflexión de esta evolución lo constituyó la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, de 24 de julio de 1830, que en su tit. XI, secc. 1ª, arts. 388 a 418, se refería a la *apelación y segunda instancia*, y en la secc. 2ª, arts. 419 a 426, regulaba el *recurso de nulidad*, que no procedía sino contra sentencias definitivas, interponiéndose conjuntamente con el de apelación, dentro de su término, y siguiéndose la segunda instancia al mismo tiempo para ambos *remedios*. (Cfr., *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, Ed. oficial, De Real Orden, En la oficina de D. León Amarita, 1830).

(82) Así también GARBERRI LLOBREGAT, en *Apelación y casación en el proceso civil*, con González-Cuéllar Serrano, Ed. Colex, Madrid, 1994, pág. 19.

(83) La Ley de Bases de 13 de Mayo de 1855, en su Base 1ª ordenaba como es sabido la compilación de las leyes y reglas del enjuiciamiento civil en función de *reestablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes*. Por su parte, la segunda Ley de Bases, de 21 de junio de 1880, tan sólo ordenaba *reformular y publicar* la ya existente Ley de Enjuiciamiento. El texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por RD de 5 de octubre de 1855, regulaba en sus tít. VII, arts. 335-6, y XVII, arts. 837 a 890, la apelación de sentencias (Cfr. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. oficial, 2ª, Imprenta del Min. de Gracia y Justicia, Madrid, 1855).

sido objeto de la misma anteriormente, pudiendo también aportarse documentos de nuevo conocimiento. Los demás medios de prueba se admitían en caso de que no se hubiesen podido llevar a la práctica por causas no imputables a la parte proponente, por hechos sobrevenidos, o de nuevo conocimiento (arts. 866 a 869).

Estas disposiciones fueron sustancialmente recogidas por la ley de enjuiciamiento civil vigente, que extendió la procedencia del recibimiento a prueba a dos casos más: cuando fuere indebidamente denegada en primera instancia, y el de rebeldía del demandado, además del supuesto de conformidad de ambas partes en cuanto a la necesidad y conveniencia del recibimiento a prueba en apelación (arts. 862.1º y 5º, y 865 LEC). En definitiva, nuestra codificación procesal poco tuvo de innovadora en materia de apelación, recogiendo el espíritu restrictivo de la legislación histórica y de la práctica procesal que desde la Edad Media había configurado la misma como un proceso revisorio de la primera instancia.

Por lo que respecta al proceso penal, la situación de éste se va a ver alterada fuertemente a partir de la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, en cuyo título V, (De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y lo criminal), se consagraron, al menos legislativamente, una serie de garantías procesales en favor del reo (84). Aunque su vigencia fue suspendida a la vuelta del rey Fernando VII, lo cierto es que los principios procesales recogidos en la misma constituyeron el cauce por donde fue cristalizando lentamente el perfeccionamiento de la Administración de Justicia a lo largo del siglo XIX (85).

En la legalidad vigente con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la existencia de segunda instancia en los juicios penales constituía la regla general.

(84) Más concretamente en el cap. III, *De la administración de justicia en lo criminal*, arts. 286 a 308, sobre privación de libertad individual por auto motivado (art. 293), puesta a disposición de Juez competente (art. 290), garantías en el embargo de bienes (art. 294), derecho a información sobre la acusación (art. 300), publicidad del proceso (art. 302), prohibición del tormento (art. 303), e inviolabilidad del domicilio (art. 306), (*vid.*, *Constituciones históricas, Ediciones oficiales*, por RICO LINAGE, Ed. Univ. Sevilla, 1989).

(85) LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española, t. 3, Procedimiento penal*, Ed. Min. de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1975, pág. 17.

Así venía siendo desde comienzos de siglo, con ocasión de la promulgación, por Real Cédula de 15 de julio de 1805, de la *Novísima Recopilación* (86). Tal situación respondía (87), a una necesidad impuesta por razones funcionales, toda vez que la competencia en asuntos penales de los Jueces de la primera instancia era muy limitada, estándoles atribuida la sustanciación de la causa, pero no el fallo, salvo en los casos de delitos leves. Los fallos de los Jueces inferiores en realidad suponían un dictamen en forma de sentencia, sujeto a la aprobación o modificación del superior. Por medio de este juicio de revisión, que en el foro se denominaba “consulta”, el tribunal de la apelación decidía si había de ejecutarse, si se modificaba o anulaba la resolución de primera instancia (88).

Este era el sistema del antecitado *Reglamento Provisional de 1835* (art. 51, disp. 14^a) (89), y del *Real Decreto de 4 de Noviembre de 1838* (90), que

-
- (86) En este sentido, por ej. TAPIA, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, t. 8^o, 3^a ed., Valencia, 1837, pág. 6, con base en una disposición de su libro XI, tit. XX, ley 1^a. Al procedimiento criminal dedicaba la *Novísima Recopilación* el libro XII, tit. XXXII y ss. Se entendían así generalmente como no subsistentes las normas de las Partidas, que sin embargo tenían carácter supletorio, y que vedaban el recurso en caso de delitos graves probados por testigos o confesión y en los que fuere necesaria la inmediata ejecución de la sentencia a fin de evitar problemas de seguridad pública. El plazo para recurrir así como los efectos de la interposición eran idénticos a los de la apelación civil.
- (87) Según ORTIZ DE ZUÑIGA, *Elementos de práctica forense*, Granada, 1841, t. II, pág. 297; también así CASTRO GARCIA, “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la ley 3/67, de 8 de Abril, en la práctica”, en *RDJ*, n^o 43-44, Julio de 1970, pág. 21.
- (88) Incluso los autos de sobreseimiento debían ser sometidos a *consulta*, y en este caso con remisión de los autos sin notificación ni emplazamiento de las partes ante el tribunal superior. Ante éste la sustanciación se reducía a la audiencia del Fiscal y al dictado sin más trámites de la resolución confirmatoria o revocatoria, sin ulterior recurso. El tribunal superior podía, en casos de gravedad o por creerlo conveniente por otro motivo, practicar diligencias para mejor proveer, (art. 11, Reglamento Provisional de 1835).
- (89) *El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835*, es la primera disposición procesal después del reinado de Fernando VII y coincide en el tiempo con el restablecimiento de las disposiciones procesales de la Constitución de 1812, que tuvo lugar por un RD de 16 de septiembre de 1837. Aunque su extensión era muy pequeña, en 107 arts. se ocupaba de la materia orgánica y procedimental civil y criminal, alcanzó gran importancia en cuanto a la reorganización del proceso, ya que supuso la derogación de las disposiciones procesales del libro XII de la *Novísima Recopilación* y por tanto de la legislación antigua, (vid. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española...*, cit., págs. 79 y ss). Muchas de sus disposiciones fueron recogidas por la LECrim. de 1872, y a otras volvió directamente, por considerarlas vigentes, la Compilación de 1879, (vid. GOMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, con Herce Quemada, 10^o ed., Madrid, 1987, pág. 17). Puede consultarse también en el llamado “*Código de Procedimientos Criminales*”, redactado por FERNANDEZ DE LA HOZ, Madrid, 1843, pág. 151 y ss.
- (90) Esta disposición vino a reformar precisamente el Reglamento Provisional en el punto relativo al tránsito de la instancia a la apelación, arts. 51.14 y 72, obligando al Secretario, entonces

trataban de desarrollar los principios consagrados en la Constitución de 1812, y que admitían la segunda instancia en todos los procesos por delito, incluso en aquéllos en que podía conocer el Tribunal Supremo. Tratándose de delitos leves, la apelación era el recurso único y necesario contra la sentencia de instancia, ya que en tales casos no era obligado para el Juez remitir la causa en *consulta* al tribunal superior (91). Esta última, también llamada *emplazamiento oficial*, era obligatoria en los casos de delitos graves (92). Los efectos de ambos remedios contra la sentencia de primera instancia eran sin embargo los mismos, la remisión de los autos originales al tribunal superior, con emplazamiento de las partes para usar de su derecho (93). Ante él se daba audiencia sin más precisiones al Fiscal y a las demás partes o a sus defensores si se presentasen (94), con lo que parece que cabía articular y probar hechos nuevos o no probados en la primera instancia (95), después de lo cual se entregaban los autos a las partes para instrucción y se señalaba día para la vista, con citación de ellas y del Fiscal (96).

llamado Escribano, a consignar *apud acta*, al notificar la sentencia, los nombres de Procurador y Abogado que habían de representar a la parte en la alzada, advirtiéndole de su nombramiento de oficio en caso contrario. Se trataba así de evitar los segundos emplazamientos y de aligerar el procedimiento.

- (91) MARTIN CARRAMOLINO, *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la jurisdicción real ordinaria*, Madrid, 1839, pág. 147; y también VERLANGA HUERTA, *Procedimiento en materia criminal*, t. I, Madrid, 1842, pág. 434. El plazo para apelar era en el caso de los delitos leves tan sólo de dos días, remitiéndose sin más trámite al tribunal superior, con citación y emplazamiento de los interesados y remisión de la causa original. Se autorizaba la apelación en forma verbal en el momento de la notificación, sin necesidad de expresión de motivos o agravios, y en ambos efectos suspensivo y devolutivo.
- (92) Delitos graves eran entonces aquéllos a los que la ley señalaba *pena corporal*, donde funcionaba en consecuencia un procedimiento de revisión automática semejante al del proceso canónico, independientemente de que las partes apelasen, y por el juez superior de la causa. Penas corporales eran además de la capital, las de *azotes*, *verguenzas*, *bombas*, *galeras*, *minas*, *arsenales*, *presidio*, *obras públicas*, *destierro*, *prisión o reclusión de mas de seis meses*, según el art. 11 del Reglamento Provisional de 1835. En estos casos, el plazo de interposición era de cinco días.
- (93) Según VERLANGA HUERTA, *Procedimiento en materia criminal...*, cit., pág. 439.
- (94) Real Decreto de 4 de Noviembre de 1838, disp. segunda.
- (95) Según ORTIZ DE ZUÑIGA, *Elementos de práctica forense...*, cit., pág. 300, y también en *Biblioteca de escribanos*, t. II, Madrid, 1845, pág. 138; en el mismo sentido, VERLANGA HUERTA, *Procedimiento en materia criminal...*, cit., pág. 440. Según este último sólo existía una diferencia entre apelación y consulta, cual es la de que en el caso de la primera el apelante comparecerá en calidad de actor, dándosele traslado de la causa antes que al Fiscal.
- (96) Si la sentencia era conforme de toda conformidad con la de primera instancia se devolvía la causa al juzgado inferior para ejecución; en caso contrario quedaba abierta la súplica o tercera instancia, procediéndose sólo a la ejecución si las partes no usaban de este recurso,

Con ocasión de la promulgación del Código Penal de 1848, vió la luz una *Ley Provisional* para su aplicación, que fue reformada y completada en 1850, y que con otras reformas parciales había de estar vigente hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872. Esta ley regula de modo completo por primera vez el juicio de faltas, cuyo conocimiento corresponde en primera instancia a los Alcaldes y sus Tenientes, con apelación ante el Juez del partido, prohibiéndose la práctica de prueba, con vista oral, y sin ulterior recurso (97).

Otro antecedente legislativo más comúnmente citado a propósito de la casación y que sin embargo recogía también la dualidad de instancias, es el *Real Decreto de 20 de Junio de 1852*, sobre delitos de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública, que regulaba por completo estas infracciones, tanto en lo material como en lo procesal (98).

En la misma línea se encontraba también la *Compilación General*, aprobada por un Decreto de 16 de octubre de 1879, que suprimió el Jurado, el juicio oral y público y la separación orgánica y funcional entre instrucción y fallo, así como la única instancia, que había establecido la primera *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 22 de diciembre de 1872 (99).

cuyo conocimiento correspondía a otra Sala distinta de la que había fallado anteriormente (art. 71, Reglamento Provisional de 1835, y art. 4, RD de 4 de noviembre de 1838).

(97) Esta ley dejaba sin embargo subsistente la legislación anterior en lo que no se opusiese a lo regulado por ella en sus 57 reglas de procedimiento. Cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española...*, cit., págs. 106-108.

(98) En sus arts. 85 a 88 se regulaba la apelación contra la sentencia pronunciada en este procedimiento especial, así como el emplazamiento oficial sin necesidad de recurso en el caso de haberse impuesto la pena de muerte o la inmediata. El trámite era muy similar al del Reglamento de 1835, en los plazos de interposición, de cinco días, en la expresión de agravios y la contestación, a realizar ante el tribunal superior, y en la prueba en segunda instancia, admisible con amplitud, así como las diligencias para mejor proveer. La resolución de la apelación exigía igualmente la celebración de vista oral, con asistencia de las partes y del Fiscal. Contra la sentencia de segunda instancia procedía ya el recurso de casación, (sobre este tema, más ampliamente, ORTIZ DE ZUÑIGA, *Práctica general forense*, 8ª ed., t. II, Madrid, 1878, págs. 501 y ss.).

(99) La *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872*, debida al impulso del ministro Montero Ríos, y a la inspiración de la Constitución nacida de la revolución de 1868, instauró por vez primera el juicio oral y público, la instancia única y el Jurado. Además se regulaba en ella de modo sistemático el sumario, y se perfeccionaba el recurso de casación en lo criminal, introduciendo el de revisión. Su fracaso fue debido principalmente a la falta de establecimiento de los Tribunales de Partido para el conocimiento de los delitos no atribuidos al Jurado. Su vigencia fue efímera, pues un Decreto de 3 de Enero de 1875 suspendió su

La Compilación General (100), en el cap. VI de su tit. IV, dedicado al plenario, se ocupaba de “la segunda instancia en las causas criminales”, arts. 852 y 854 a 858 (101). En ellos permanecía vigente el sistema de consulta y emplazamiento oficial ante la Audiencia (art. 852), en todos los casos de sentencias pronunciadas por los Jueces de primera instancia, denominación a la que también se volvía, con abandono de la de Jueces de partido. Recibidos los autos por la Audiencia, el procedimiento de sustanciación era común para la consulta y la apelación propiamente dicha, limitándose al traslado para reproducir o modificar la acusación y para defensa y señalamiento de vista oral (art. 854). Curiosamente en cambio, no existía prueba en apelación, sino que cuando el tribunal superior entendía mal denegada aquélla o escaso el término para practicarla, dejaba sin efecto la sentencia consultada, con devolución de los autos al inferior para que se llevara a efecto la prueba y se dictase nueva resolución (art. 855). Contra la sentencia de segunda instancia procedía recurso de casación (art. 857).

Por otro lado, a lo largo del siglo XIX, diversos proyectos de reforma pretendieron también instaurar la segunda instancia en el proceso penal, tanto en el caso de los delitos graves como en el de los menores, que comienzan

observancia en cuanto al Jurado y al juicio oral y público, sometiendo estas causas a la legislación anterior, a la que por otra parte ya habían quedado sujetas las de competencia de los tribunales de partido, que nunca fueron puestos en funcionamiento, (cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española...*, cit., pág. 219). La suspensión de la LECrim. de 1872 produjo un estado de confusión legislativa, que fue causa de la Ley de 30 de diciembre de 1878, que autorizaba al Gobierno en su art. 1º para, “previa consulta a la Comisión de Códigos publicar una compilación general articulada y metódica, en la que se refundan las disposiciones que rigen en la actualidad y se relacionan con el procedimiento criminal”.

- (100) Este cuerpo legislativo constaba de 1026 arts., divididos en siete títulos, en capítulos y secciones. La propia Compilación informaba en una tabla final de concordancias de las fuentes de donde estaban tomadas sus disposiciones, que abarcan desde el Reglamento Provisional de 1835 hasta, sobre todo, la LECrim. de 1872, (cfr. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española, 1879*, ap. 3º, págs. 540 y ss). También tenía carácter provisional, en espera del establecimiento del juicio oral en única instancia en cuyo proyecto trabajaba ya la Comisión de Códigos, a pesar de lo cual tuvo mal acogida, siendo reformada ya en el año siguiente, según señala LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española...*, cit., págs. 244 y ss.
- (101) Estos preceptos estaban tomados del Reglamento Provisional de 1835, (art. 51), y de la Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, de 18 de junio de 1870, arts. 13 a 16 (cfr. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española, 1870*, págs. 256 y ss.).

por entonces a desgajarse de lo que hasta ese momento había sido el proceso penal común.

En este sentido, en las Cortes extraordinarias de 1821, las llamadas Cortes de Riego, fue presentado un primer proyecto de *Código de Procedimiento Criminal*, que incluía en su parte primera un procedimiento por delitos leves, con sumario instruido por el Alcalde, en el que la decisión correspondía a un tribunal formado por él y por dos regidores u hombres buenos, y cuya sentencia era apelable ante el Juez del partido, que debía de formar el tribunal de apelación con cuatro regidores, cuya actuación era similar a la de un jurado de calificación, como el que se pretendía instaurar respecto de los delitos graves, ya que concluida la vista en apelación, en la que se admitía la prueba testifical, el juez había de exponer a los regidores las cuestiones que debían de resolver (102).

También el *Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1844*, que distinguía entre procedimiento por crímenes, delitos y por faltas, preveía apelación en los tres casos, atribuyendo a los Jueces de partido el conocimiento de los delitos menos graves, con sentencia apelable ante los Tribunales de la primera instancia, los cuales a su vez conocían de los delitos graves o crímenes, correspondiendo sustanciar la apelación de estos juicios a las Audiencias Territoriales. Finalmente, los Jueces de partido conocían en apelación o en consulta de las sentencias dictadas por los Jueces pedáneos en juicios de faltas (103). Se introducía por primera vez la necesidad de motivar el recurso en la interposición, pero se prohibía la prueba en la segunda instancia. En esta estructura orgánica y procedimental insistía un nuevo *Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1853* (104).

Por su parte, el *Proyecto de ley de bases de Enjuiciamiento Criminal de 1857*, que no llegó a ser aprobado por las Cortes, contemplaba también la

(102) Más ampliamente, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación ...*, cit., págs. 29 y ss., según el cual este proyecto no tuvo vigencia en las etapas posteriores de gobierno progresista. Otros proyectos, como los de *Código Criminal de 1830*, y de *1834*, aún siendo cuerpos legales de Derecho sustantivo, incluían un libro dedicado a la "administración de justicia" en lo criminal, regulando la segunda instancia en todos los procesos penales, tanto por delitos leves como graves, e incluso preveían una tercera instancia.

(103) Cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación...*, cit., págs. 100 y ss.

(104) LASSO GAITE, *Crónica de la codificación...*, cit., págs. 120 y ss.

segunda instancia en todos los procesos penales en general, aunque es a partir de este momento cuando empieza a prevalecer en los trabajos de la Comisión de Codificación la tesis de la oralidad y única instancia en lo criminal, así como el convencimiento de que el establecimiento de un proceso penal sobre estas premisas depende de la creación e implantación simultánea de una nueva organización jurisdiccional (105).

En tal sentido, un nuevo *Proyecto de ley de bases de organización y enjuiciamiento criminal* (1863), pretendía ya instaurar a la vez que la instancia única los tribunales colegiados para todo tipo de delitos, apareciendo los tribunales correccionales para conocer de los menos graves, junto a los jueces de paz, de partido y las audiencias (106). La Ley de bases de organización de tribunales y de enjuiciamiento criminal de 11 de abril de 1868 recogía también este mismo esquema.

V. La apelación procesal penal después de la Lecrim.

1. La Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor

Mediante las Leyes de 8 de junio de 1957 (107), y de 30 de julio de 1959 (108), se trataba de reaccionar frente al aumento de la delincuencia de tráfico con un procedimiento más sencillo y más rápido que el ordinario, para la instrucción, conocimiento y fallo de estos delitos y, en general, para todos

(105) LASSO GAITE, *Crónica de la codificación...*, cit., págs. 137 y 138.

(106) Aquéllos tribunales correccionales habian de estar compuestos por jueces de partidos limítrofes mientras no se pudiesen establecer con carácter permanente. Por otra parte, con la instauración de un juicio oral y público ante tres jueces pensaba la Comisión de Códigos mejorar las garantías que supone la segunda instancia. A este esquema respondía también la Ley orgánica provisional del Poder Judicial de 1870, (en tal sentido, LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española...*, cit., págs. 156 y ss).

(107) Para ello se sustituyó el procedimiento por delitos flagrantes, del tit. III del libro IV de la LECrim., por otro proceso de mayor ámbito que el de la flagrancia y que, con reducción del aparato formal del proceso ordinario, se dividía en disposiciones generales, sumario y juicio ordinario. De todas maneras, la necesidad de un procedimiento específico para los procesos por delitos menores se había venido sintiendo desde muy antiguo.

(108) Esta disposición supuso la ampliación del procedimiento de urgencia a los delitos flagrantes castigados con penas de presidio o prisión mayor, y a los demás delitos castigados con presidio o prisión menor, además de otras reformas de menor entidad.

aquéllos cuya pena no excediera de presidio o prisión mayores. De todas maneras, en ellas no se alteró el esquema básico de la ley procesal penal general ni siquiera en cuanto a los recursos, ya que contra la sentencia pronunciada por la Audiencia en única instancia no procedía más que el de casación (109).

En la misma línea se vuelve a incidir con la promulgación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962, cuya vigencia fue sucesivamente aplazada hasta el 1 de Junio de 1965 (110), y cuya parte penal y procesal sólo estuvo en vigor hasta que comenzó a regir la ley 3/1967, de 8 de abril. Dicha ley sancionaba en su título I, con antecedentes en la Ley Penal del Automóvil de 9 de Mayo de 1950, una serie de conductas delictivas en relación con la circulación de vehículos de motor, con un alcance mayor que aquélla, sustrayendo del Código Penal por completo la materia relativa a los accidentes de circulación. En los títulos siguientes regulaba un procedimiento especial para exigir la responsabilidad penal y civil derivada de ellas.

Este procedimiento penal, que no tuvo entre la doctrina buena acogida ya desde el primer momento (111), presentaba como esenciales características el dividirse en dos fases, una primera en la que se sustituye el sumario por unas pretendidamente rápidas "diligencias preparatorias", que habían de tramitarse en cinco días, atribuidas al Juez de Instrucción, y regidas por el principio acusatorio en vez de por el inquisitivo, y otra de juicio oral, cuya preparación y celebración correspondía, en determinados casos leves, a un magistrado de la Audiencia Provincial actuando como órgano unipersonal. Se introduce así por primera vez un órgano de este último tipo para el enjuiciamiento de los delitos menores, tratando de conseguir una mayor

(109) Art. 803 LECrim., en la redacción dada por esta ley.

(110) Debido, según LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, t. III, cit., pág. 379, a las complejas modificaciones que introducía y a afectar a tan múltiples servicios e intereses de fabricantes y aseguradores del ramo.

(111) De repulsa prácticamente unánime, y de opinión generalizada en pro de su derogación hablaba PASTOR LOPEZ, "El proceso penal especial de la Ley del Automóvil: examen crítico", en *RDP*, 1966-III, págs. 101 y ss. Dicho fracaso fue reconocido por otra parte, en la exp. de motivos de la ley 3/1967.

celeridad en el procedimiento. A fin de garantizar procesalmente el juicio se crea un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra la sentencia pronunciada por el Magistrado de lo Penal (112).

El recurso de apelación contra la sentencia cuando es pronunciada por el Magistrado de lo Penal (113) aparecía escasamente regulado en el art. 33 de la ley. Competente para su conocimiento era la Sección de lo Penal, a la que puede pertenecer dicho magistrado, el cual en consecuencia no podía formar parte del tribunal colegiado en tal ocasión (114). Según el precepto citado, cuando la apelación versare sobre infracción de normas procesales o denegación de prueba que positivamente hayan producido indefensión, el Tribunal dejará sin efecto la sentencia y mandará reponer las actuaciones al estado en que se cometió la infracción.

El recurso debía interponerse en el plazo de cinco días siguientes a la notificación. No se precisaba ante quien, pero debe entenderse, por aplicación de las normas generales de la LECrim., que ante el Magistrado que ha dictado la sentencia. Ni se especificaba si la admisión se produce en uno o en ambos efectos, aunque sí que no afecta a la pensión provisional para atender las necesidades de la víctima y las personas que estén a su cargo (art. 35).

Tampoco aclaraba dicho precepto la amplitud del recurso, ni las facultades que se transmitían al órgano superior. La doctrina entendió que el recurso abría todas las facultades que tenía en primer grado el Magistrado de lo Penal, y que cuando la ley se refería a la posibilidad de recurrir en

(112) Con la introducción de dicho recurso se pretendía por un lado unificar criterios, dada la dispersión de órganos penales, y compensar la pérdida de garantías que supone la sustitución de un tribunal colegiado por uno unipersonal, al decir de RUIZ PEREZ, y ALBACAR LOPEZ, "Tratamiento procesal de delitos menores: el procedimiento monitorio penal", en *RDJ*, nº 47, Julio 1971, págs. 11 y ss.

(113) Cuando la petición de pena del Fiscal no era superior a arresto mayor, o cuando los daños hayan sido tasados en cifra no superior a las quinientas mil pts., según el art. 27 de la ley.

(114) Ello motivó sin embargo el recelo de los profesionales, quienes confiaban poco en que la misma Sección de la que habitualmente formaba parte el órgano decisor en primera instancia, mantuviera un criterio diferente del sostenido en la resolución recurrida, como recuerdan RUIZ PEREZ y ALBACAR LOPEZ, *Tratamiento procesal de delitos menores...*, cit., pág. 23.

apelación por infracción de normas procesales o denegación de prueba lo que hace es puntualizar o referirse a un aspecto concreto de las mismas, como es el de la necesidad de reenviar las actuaciones para corregir el defecto procesal (115).

Nuevamente habría de acudir a las normas generales de la LECrim. para conocer el trámite que había que dar a este recurso de apelación, toda vez que nada se decía sobre él.

La admisión de la prueba en segunda instancia se hallaba restringida (art. 33.II), al único supuesto de que no se hubiere podido practicar por causas no imputables a la parte, señalándose un plazo corto para su práctica, que no había de exceder de diez días.

Por último, el art. 33.III señalaba que contra las sentencias dictadas en segunda instancia no procede recurso alguno, con lo que se trataba de excluir la casación.

2. La ley 3/1967, de 8 de abril

Derogada por esta ley la de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, e incluídas en el Código Penal las conductas a que hacía referencia, pareció conveniente al legislador "insertar el procedimiento especial para las infracciones derivadas del uso de vehículos dentro del cuadro de procesos que ofrece la LECrim.", lo que dió origen a la introducción en el título III de su libro IV de los denominados "procedimientos de urgencia". Ahora bien, para este tipo de delitos no graves en general, "el tratamiento procesal es desproporcionado", y ello aconsejó, en aras de conseguir una rapidez en el enjuiciamiento de dichas infracciones, el atribuir la instrucción y el fallo a los Jueces de Instrucción. Por otra parte, "no parece ni necesario ni conveniente que estas infracciones leves tengan acceso al Tribunal Supremo a través del recurso de casación" (116), lo que motivó la instauración de un

(115) Cfr. en este sentido PERA VERDAGUER, *Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Comentarios, Jurisprudencia y Disposiciones Complementarias*, Tarragona, 1965, pág. 226.

(116) Exposición de motivos de la ley de 8 de Abril de 1967. El recurso de apelación apareció así, en la mentalidad del legislador de 1967, como una "compensación" por la disminución de garantías que supuso la eliminación de la casación.

sistema de doble instancia, rompiendo con la tradición de instancia única de la LECrim. Sin duda se trata del antecedente más directo, y de regulación más completa, del actual recurso de apelación que abre la segunda instancia limitada del proceso penal abreviado.

La innovación no fue acogida favorablemente por la doctrina, que puso de manifiesto enseguida la difícil coherencia del sistema de doble instancia con los principios de inmediación y de oralidad que rigen la práctica de la prueba en la primera instancia (117).

Las más importantes características de este recurso del derogado art. 792 LECrim. eran las siguientes:

a. Existía ya en la ley 3/67 una ambigüedad que hizo que pudiera atribuirse *naturaleza* híbrida de impugnación y medio de gravamen a este recurso (118). Así, por un lado se exigía (art. 792.1º), la expresión sucinta de los fundamentos de la impugnación, con lo cual sólo es posible la apelación mediante la denuncia de infracciones de normas jurídicas materiales o procesales, no bastando la mera alegación del gravamen, o la búsqueda de un nuevo conocimiento de la causa, sino la anulación de la sentencia impugnada. Por otro lado, el tratamiento dado a la prueba en segunda instancia nos pone ante un recurso que tiene también caracteres de medio de gravamen.

(117) Cfr. , PASTOR LOPEZ, "La reforma procesal penal de la Ley de 8 de Abril de 1967", en *RDP*, 1967-IV, pág. 170, para quien, si se acepta que la valoración de la prueba corresponde al órgano judicial que la ha presenciado, el resultando de hechos probados de la sentencia de primera instancia refleja la resolución definitiva de la cuestión de hecho. Ello es incompatible con el contenido de un auténtico recurso de apelación, el cual se verá también obstaculizado por la vigencia del principio de oralidad, ya que el acta sucinta que refleja de modo imperfecto el desarrollo del juicio oral no proporciona al Juez de apelación elementos de juicio suficientes para reformar las conclusiones sobre los hechos. En el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, "La Ley 3/67 y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Información Jurídica*, nº 304, Ene-Mar 1970, pág. 21, para quien además la apelación dilata en exceso el trámite, y también, IBÁÑEZ Y GARCIA VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1969, págs. 404 y ss.

(118) Así CORTES DOMINGUEZ, en *Derecho Procesal, Proceso Penal*, con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, reimpr. 1995, pág. 191.

Desde otro punto de vista, se puso de manifiesto que se trataba de un verdadero recurso de apelación, por permitir un nuevo y total examen de los puntos litigiosos, y una rectificación de la resultancia de hechos probados en la primera instancia, quedando así desvirtuados los principios de oralidad e inmediación, al permitir el art. 792.7^a confirmar, revocar o anular la sentencia sin limitación alguna (119).

b. La *interposición* se formalizaba ante el mismo Juez de Instrucción que había dictado la resolución atacada, en el plazo de cinco días hábiles, contados a partir de la última notificación de la sentencia a los que hubieren sido parte en el juicio (arts. 792.1^a, y 212 de LECrim.).

El escrito de interposición se había de hacer expresando sucintamente los *fundamentos* de la impugnación. Dicha exigencia, novedad respecto a lo regulado entonces para la apelación civil y la del juicio de faltas, fue interpretada como una exigencia natural que tiende a favorecer la contradicción, al hacer saber a las demás partes el dispositivo impugnatorio, en un supuesto en el que por no haber previo recurso de reforma ello se hace más necesario (120). Además, como a continuación la misma regla primera del art. 792 disponía que si en el recurso se pidiera la nulidad del juicio por infracción de normas procesales habrían de expresarse las que se consideren infringidas y las razones de la indefensión, ello dió ocasión a algún autor (121), para

(119) PASTOR LOPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., pág. 171. Y en el mismo sentido, LORCA GARCIA, "Examen del recurso de apelación establecido en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en el procedimiento por delitos cuyo fallo les compete", en *Información Jurídica*, nº 310, Jul-Sept. 1971, págs. 117 y ss. Sin embargo, para CASTRO GARCIA, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*, cit., pág. 22, seguirá presentándose la grave duda de si en rigurosa legalidad le está permitido contradecir la afirmación de hechos probados establecida en primera instancia, si no se vale de otros medios de convicción distintos. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales lo entendió en sentido negativo, de conformidad con la Expo. de motivos de la propia ley.

(120) Así SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, vol. III, t. IV, Ed. Santillana, Madrid, 1963-8, pág. 273.

(121) BARRIO IGLESIAS, "El recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Instrucción en el procedimiento de urgencia", en *RDP*, 1973, nº 2 y 3, pág. 388. Requisitos estos que fueron interpretados de modo riguroso por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, provocando la inadmisión o desestimación del recurso según el momento en que se advertía su falta.

distinguir dos clases de apelación, una por el fondo y otra por quebrantamiento de forma, por analogía con lo dispuesto para el recurso de casación.

En el mismo escrito de interposición había de pedirse, en su caso, la práctica de prueba en segunda instancia, proponiendo los medios que se estimen pertinentes. La posibilidad de proponer prueba era amplia, alcanzando a aquéllos medios que no pudieron proponerse en primera instancia, a los que su práctica fue indebidamente denegada, y a los que habiéndose admitido no pudieron practicarse por causas ajenas al recurrente. En cualquiera de los supuestos era necesario razonar porqué la falta de aquéllas diligencias de prueba había producido indefensión al recurrente (art. 792.2^ª).

c. Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el Juez de Instrucción acuerda su *admisión*, comunicándoselo a las demás partes mediante traslado del recurso con entrega de copia, y *emplazándolas* junto con el recurrente para que comparezcan ante la Audiencia en el plazo de cinco días, con remisión de los autos originales.

Por imperativo legal, la admisión había de hacerse *en ambos efectos*, devolutivo y suspensivo de la ejecución. No podía en consecuencia aplicarse el art. 861 bis b), que posibilita para el recurso de casación la ejecución parcial de la sentencia respecto de las partes que no hayan recurrido. Independientemente de ello podía llevarse a cabo la ejecución en cuanto a la libertad del preso absuelto (a la que se refiere el art. 861 bis a), a pesar de que el art. 983 contempla como excepción a lo anterior el aplazamiento de la excarcelación en los supuestos de absolución en primera instancia cuando el recurso produce, como en este caso, efectos suspensivos. En definitiva, para resolver esta aparente contradicción hay que estar a las normas sobre prisión provisional en orden a la determinación de la excarcelación (122).

d. La *personación* ante la Audiencia había de efectuarse por escrito y dentro del mencionado plazo. Su falta, de acuerdo con las normas generales, produce la declaración de tenerse de oficio por desierto el recurso, aunque expresamente no lo indicaba el art. 792. Tenía por tanto, los efectos propios

(122) Así en CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal, Proceso Penal...*, cit., pág. 193.

del desestimiento tácito (del art. 228 LECrim.). Tampoco se regulaba el desistimiento expreso, pudiendo aplicarse por analogía lo dispuesto para la casación por el art. 861 bis c), que exige ratificación del interesado o poder suficiente del Procurador.

e. Personado el apelante, se ponían de manifiesto los autos para *instrucción* al Ministerio Fiscal y a las partes comparecidas, para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera (art. 792.3º). Se trataba, creemos (123), de la posibilidad de alegar y de proponer prueba, y estaba reservada exclusivamente a la parte recurrida o adherida a la apelación, pues el apelante ya tuvo ocasión de hacerlo en el escrito de interposición. El escrito de alegaciones estaba sujeto a los mismos requisitos que el de apelación.

f. Las partes que no habían recurrido podían adherirse a la apelación al formular las alegaciones, deduciendo las oportunas pretensiones (art. 792.4ª). Se introdujo aquí, sin regularlo, el instituto de la adhesión al recurso, que hasta entonces había estado reservado en el proceso penal exclusivamente para la casación, y al que se refieren los arts. 861, 873, 882, 892, y 893 LECrim. Para la casación, el Tribunal Supremo la venía admitiendo en el exclusivo sentido gramatical, de cooperar, unirse o ayudar al recurso. Tratándose del nuevo recurso de apelación contra sentencias, algunas Audiencias (124), se inclinaron por dicha postura, mientras que otras, teniendo en cuenta la diferente naturaleza de la apelación, que no es un recurso extraordinario, de limitado conocimiento y motivación, se inclinaron por la contraria (125).

Los requisitos de la adhesión pueden considerarse en todo análogos a los de la interposición del recurso. El término pretensiones aquí empleado abarca la posibilidad, también para el adherido, de proponer pruebas.

(123) CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal, Proceso Penal...*, cit., pág. 194, y SSAP-Palencia, de 20 de Septiembre y 30 de Noviembre de 1968, y 18 de Febrero de 1969. Para otros autores en cambio, el mencionado artículo no distingue entre la calidad de las partes, y se refiere a todas ellas, como apunta BARRIO IGLESIAS, *El recurso de apelación...*, cit., pág. 391; en el mismo sentido, SAEZ JIMENEZ y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal...*, vol. III, t. IV, cit., pág. 288.

(124) SSAP-Huesca, de 8 de Octubre y 8 de Noviembre de 1969, y de Málaga, 7-Nov-1969, Valencia, 26-Sept-1969, y Sevilla, 1-Jun-1970.

(125) Posición ésta sin embargo minoritaria (SAP-Burgos, 21-Ene-70).

g. En el plazo de tres días, la Audiencia había de admitir las *pruebas* que estimare pertinentes de aquéllas que hubieren propuesto las partes, y acordar libremente de oficio las que tuviere por conveniente, todo ello sin ulterior recurso (art. 792.5ª).

Para su *práctica* se abría un período de diez días, recordándose la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, pues se habían de realizar ante el tribunal, con citación del Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, y en audiencia pública. Como excepción se permitía la *delegación* potestativa de las pruebas de peritos y testigos que residan fuera de la sede del Tribunal, que ha de recaer en la Autoridad judicial que corresponda, en cuyo caso el plazo de práctica se ampliaba a quince días (art. 792.5ª.II y III).

Sin duda lo más llamativo de esta regulación de la prueba es la innovación que aquí se introdujo para permitir su práctica de oficio por el tribunal de apelación. En el procedimiento ordinario, regida la fase de juicio oral por el principio acusatorio, el art. 728 LECrim. contiene la regla general según la cual no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, si bien a continuación se contienen varias excepciones, como la relativa a los careos que puede ordenar el Presidente, y, sobre todo, la más amplia del art. 729.2, que se refiere en general a las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. En el procedimiento de urgencia en primera instancia, el art. 799.3, hoy derogado, concedía también amplias facultades para aportación de pruebas de oficio, además de que rige el art. 729 de modo supletorio, teniendo por tanto los Jueces de Instrucción cuando juzgaban delitos menores las mismas facultades que las Audiencias, que además se transfieren a éstas por la plenitud del recurso cuando resuelven las apelaciones.

De todas maneras estas facultades deben entenderse limitadas, por un lado, por la garantía que supone el derecho de defensa y la vigencia del principio de la necesaria correlación entre acusación y sentencia y, por otro, por la prohibición de la *reformatio in peius*. El órgano de apelación debe fallar sobre el mismo objeto procesal conocido por el tribunal de instancia, de modo

que cualquier prueba que se practique debe de incidir sola y exclusivamente sobre los hechos acusados y juzgados ante el Juez de Instrucción y a los que se extienda la impugnación. De lo contrario, no sólo se vulnerarían los citados principios, sino que nos encontraríamos con la paradoja de que la apelación funcionaría como una primera instancia (126).

h. Practicadas las pruebas, o transcurrido el plazo de instrucción sin proponerlas, se señalará día para la *vista* dentro de los cinco días siguientes, en cuyo acto el recurrente, el Fiscal y las demás partes personadas informaban en apoyo de sus pretensiones (art. 792.6ª).

La *vista* era por lo tanto, de celebración siempre obligatoria, prescindiendo de si se había propuesto o no prueba o de si el recurso se basaba exclusivamente en cuestiones jurídicas.

i. La sentencia debía de dictarse dentro de los cinco días siguientes al de conclusión de la *vista*, confirmando anulando o revocando la de primera instancia. Contra ella no cabía más recurso que el de revisión en los casos en que procede. Si la sentencia decretare la nulidad por infracción de normas procesales, mandará reponer las actuaciones al estado que tuvieren cuando se cometió la infracción. Por último, nada se decía sobre las costas en la regulación de la ley 3/1967.

3. La ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre

Nuevamente la necesidad de incrementar la eficacia y la rapidez de la justicia penal frente al aumento de un tipo de criminalidad determinada como es la de los delitos no graves contra la propiedad, junto con el fracaso de la reforma de 1967 debido a la desmesurada extensión que en la práctica adquirió la instrucción previa en dicho procedimiento (127), determinó la

(126) Así se manifestaba CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal, Proceso Penal...*, cit., pág. 193.

(127) ORTELLS RAMOS, "El proceso penal en la ley orgánica 10/80, de 11 de Noviembre", en *Justicia-84*, nº-IV, págs. 775 y ss. En el mismo sentido, LLOBELL MUEDRA, "El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado en la Ley Orgánica 10/80, de 11 de Noviembre", *La Ley*, 1981-2, pág. 867, para quien el nuevo proceso se justifica también

promulgación de esta ley, que introdujo un nuevo procedimiento intermedio entre el del juicio de faltas y el ordinario de la LECrim., para el enjuiciamiento de los delitos menores (128).

El art. 11 de esta ley contemplaba igualmente un recurso de apelación que abría la segunda instancia contra la sentencia dictada por el Juez de Instrucción. De acuerdo con el párrafo primero de dicho precepto, este recurso de apelación se regía por las reglas del art. 792 de la LECrim, para el procedimiento de urgencia. Se establecieron sin embargo algunas especialidades que pasamos a destacar.

a. La interposición se llevaba a cabo mediante escrito, en el que se expresaban *brevemente* los fundamentos de la impugnación, dentro de los cinco días siguientes a la notificación escrita de aquélla, salvo que las partes hubieran manifestado en el acto del juicio su decisión de no recurrir, en cuyo caso la sentencia devenía firme (art. 10.7ª).

b. Se establecía una vez más el *carácter preferente* de estos recursos, debiéndose señalar la vista dentro de los quince días siguientes a la personación del apelante (129).

por "el retorno, aunque sea parcial, al sistema de la Lecrim., de separar la función judicial instructora de la decisoria"; y también PUEBLA POVEDANO, *Procedimiento de la Ley Orgánica 10/80 para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, Legislación, comentarios prácticos y formularios*, Ed. Hesperia, Jaén, 1982, pág. 31; y BONET NAVARRO, "El Enjuiciamiento Oral Penal, Estudio Sistemático", *La Ley*, 1981-3, págs. 784 y ss. Fracaso por demás reconocido por las *Memorias de la Fiscalía General del Estado* de 1979 y 1980.

(128) En el intervalo entre la reforma de 1967 y la de la ley orgánica 10/1980, la *Ley de 28 de noviembre de 1974 de Bases para la Orgánica de la Justicia*, preveía también un procedimiento intermedio entre el de faltas y el ordinario por delitos graves, ya que su base octava incluía entre las competencias de las Audiencias Provinciales la de conocer de los recursos de apelación contra las sentencias pronunciadas por los Jueces de Partido en los procesos por delitos menos graves.

(129) El art. 784 derogado daba también carácter preferente a los recursos en el procedimiento de urgencia. Carece de sentido la declaración de preferencia de un procedimiento cuando la mayoría de ellos son preferentes. Además, en este caso se deja abierto el plazo para la celebración de la vista al hacerlo depender de la fecha del emplazamiento del apelante. Basta entonces con que una vez admitido a trámite el recurso no se emplace a las partes, para que el deseo del legislador no se cumpla.

c. Se deducía de lo dispuesto en el art. 11.3 de la ley que el recurso producía *efectos suspensivos*, pues se subordinaba en él la ejecución a la firmeza de la sentencia. Expresamente se refería la ley sólo a la incidencia del recurso y de la sentencia de primera instancia en las medidas cautelares personales anteriormente acordadas, en el art. 11.2. En tal sentido, se establecía que “si la pena impuesta fuera de privación de libertad, el Juez podrá mantener o acordar, cuando proceda, la prisión provisional del condenado mientras el recurso se tramita”. Ello debe interpretarse como una remisión a los presupuestos y límites temporales a que se refieren los arts. 503 y 504 LECrim., pues las medidas cautelares funcionan de modo autónomo y en virtud de sus propios presupuestos, sin que su levantamiento signifique ejecución de la sentencia.

d. Por último, hay que hacer referencia al art. 10.8ª de esta ley, en el que se introducía por primera vez la posibilidad de que el *acta del juicio* pueda ser complementada por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita, de cuya autenticidad pueda dar fe el Secretario.