|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 110/2018 |
| Fecha | de 16 de octubre de 2018 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 2330-2018 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 2330-2018 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2330-2018, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante oficio de fecha 20 de abril de 2018, registrado en este Tribunal Constitucional el día 30 de abril de 2018, la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz remitió testimonio de actuaciones del procedimiento abreviado núm. 344-2016, así como resolución original del Auto dictado por dicho Juzgado el 13 de abril de 2018 por el que acordó elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del número 2 del artículo 792 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), en la redacción dada a dicho precepto por el artículo único, apartado octavo, de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

2. Los hechos relevantes para fundamentar la decisión adoptada en la presente cuestión de inconstitucionalidad, son los siguientes:

a) Ante el Juzgado Decano de los de Primera Instancia e Instrucción de Vitoria, se presentó con fecha 19 de enero de 2011 (se indica por error en el sello de entrada, el año 2010) un escrito de querella por la Procuradora doña Julia Ortiz de Zárate Apodaca, actuando en nombre y representación de la entidad Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (Caja Vital Kutxa), contra don Rodolfo Barrón Bezares, a quien le atribuye la comisión de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad documental, por haber llevado a cabo una operativa de banca paralela con clientes de la entidad, en la oficina de la localidad de Labastida donde trabajaba.

b) El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria, al que fue turnada la querella, dictó Auto el 10 de febrero de 2011 por el que, en primer lugar, apreció que aquel escrito se había presentado sin acompañarse poder especial de la Procuradora, defecto que calificó de subsanable, por lo que concedió un plazo improrrogable de tres días para que lo aportase (fundamento de Derecho primero). Sin perjuicio de ello, constató en el fundamento de Derecho segundo que “los hechos relatados en la querella presentan los caracteres de un delito de estafa, apropiación indebida y falsedad documental, que es perseguible de oficio, por lo que procede instruir la causa criminal que corresponda en atención a la pena señalada al delito”.

La dispositiva del Auto fue la siguiente:

“1.- No se admite a trámite la querella presentada (…) en tanto no se subsane el defecto consistente en presentar poder especial, en el plazo improrrogable de tres días.

Se acuerda incoar y registrar las presentes actuaciones como diligencias previas, cumpliéndose lo dispuesto en los artículos 301 y 302 LECr. Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas”.

Consta asignado el procedimiento como diligencias previas núm. 641-2011.

c) El requerimiento a la Procuradora se cumplimentó por escrito de esta de 16 de febrero de 2011, a resultas de lo cual el Juzgado de Instrucción dictó nuevo Auto el 21 de febrero de 2011 por el que, “[r]euniendo la querella presentada los requisitos que establece el art. 277 de la LECr, procede su admisión a trámite” (fundamento de Derecho primero), al tiempo que acordó la práctica de la diligencia de tomar declaración al querellado don Rodolfo, y diversas testificales.

d) Firme el anterior Auto, habiéndose practicado las diligencias ordenadas por el Juzgado y completada la instrucción, dicho órgano judicial dictó Auto el 9 de mayo de 2012 por el que, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 779.1.4 LECrim, acordó: “seguir las presentes diligencias previas por los delitos de estafa, apropiacion indebida, falsedad documental que se seguirá frente a Rodolfo Barrón Bezares y un delito de alzamiento de bienes que se seguirá frente a Rodolfo Barrón Bezares y María Soledad Manzanares Arroyo, por los trámites ordenados en el Capítulo cuarto del Título II del Libro IV del LECrim” (reglas de preparación del juicio oral en el procedimiento abreviado).

Asimismo, ordenó el traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia: “al Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, si las hubiere para que en el plazo común de diez días soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias en el caso previsto en el apartado 2 del mismo artículo 780”.

e) Por Autos dictados por el propio Juzgado el 17 de enero de 2013 y 23 de julio de 2013 (procedimiento abreviado núm. 5669-2012), se accedió a la práctica de diligencias complementarias solicitadas por el Ministerio Fiscal, tras lo cual se dictó providencia el 18 de marzo de 2014 a fin de dar traslado de su resultado a este último, para que formulase escrito de acusación o de sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, pidiere la práctica de nuevas diligencias complementarias.

f) El Fiscal presentó nuevo escrito de solicitud de más diligencias, lo que fue rechazado por el Juzgado instructor en Auto de 18 de marzo de 2015, frente al cual el Ministerio público, mediante escrito de 27 de mayo de 2015, interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, a los que se opuso la representación procesal de la entidad Kutxabank, por escrito presentado el 17 de junio de 2015.

El primero de los dos recursos resultó desestimado por Auto del Juzgado de 30 de julio de 2015. Admitido a trámite el segundo de ellos (apelación) por la misma resolución, y recibidas las actuaciones por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava a la que correspondió su conocimiento, esta última dictó Auto el 18 de diciembre de 2015, desestimando la apelación.

Por el juzgado instructor se dictó providencia el 20 de enero de 2016, teniendo por recibidas las actuaciones procedentes de la Audiencia, estando a lo ya acordado.

g) Abierta la fase intermedia del proceso, el Fiscal presentó escrito de conclusiones provisionales el 16 de abril de 2016, solicitando la apertura de la causa a juicio oral ante la Audiencia Provincial, con petición de condena por su responsabilidad criminal contra el acusado don Rodolfo: (i) por el concurso de delito de apropiación indebida y falsedad, a las penas de tres años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y (ii) por el delito de alzamiento de bienes, a las penas de tres años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y veinte meses de multa a razón de quince euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Y contra la acusada doña María Soledad, esposa de aquel, por un delito de insolvencia punible, petición de condena a las penas de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena, y veinte meses de multa a razón de 15 € diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Dado traslado del escrito a la acusación particular, dentro del plazo de diez concedido al efecto por providencia de 3 de mayo de 2016, la representación procesal de esta última presentó escrito “de acusación” y formulación de “conclusiones provisionales”, solicitando se condenase a los dos acusados por los delitos, y a las penas, ya interesados por el Ministerio Fiscal.

h) El Juzgado instructor dictó Auto el 17 de mayo de 2016 acordando la apertura de la causa a juicio oral, teniendo por formulada acusación y declarando como órgano competente para la fase de enjuiciamiento y fallo a la Audiencia Provincial. Por providencia de 14 de junio de 2016 se dio traslado a los acusados para que en el plazo de diez días presentasen sus escritos de defensa.

A tal efecto, el representante procesal del acusado don Rodolfo lo hizo por escrito registrado el 8 de julio de 2016, oponiendo la excepción de falta de legitimación de la acusación particular e interesando en cuanto al fondo su absolución. En la misma fecha presentó escrito el representante procesal de la acusada doña María Soledad, interesando su absolución.

El Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Instructor, dictó diligencia de ordenación el 9 de julio de 2016 teniendo por presentados los escritos de defensa, y remitiendo las actuaciones a la Audiencia Provincial.

i) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava se declaró no competente para conocer de la referida causa, remitiéndola a los Juzgados de lo Penal de Vitoria, recayendo así su conocimiento en el Juzgado de lo Penal núm. 1 (procedimiento abreviado 344-2016).

Tras la celebración de la vista oral el 25 de mayo de 2017, al final de la cual las partes elevaron sus conclusiones definitivas (ratificándose en las provisionales, excepto la defensa de don Rodolfo que interesó de manera subsidiaria la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, con condena a un año de prisión por cada uno de los delitos), el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz dictó la Sentencia núm. 187/2017, de 20 de junio de 2017, con la siguiente dispositiva: “Que debo absolver y absuelvo a Rodolfo Barrón Bezares y María Soledad Manzanos Arroyo de los hechos por los que han sido acusados en este procedimiento, declarando de oficio las costas procesales”.

Respecto de los delitos de apropiación indebida y falsedad documental de los que fue acusado don Rodolfo, la Sentencia valoró la prueba documental y testifical obrante en las actuaciones, razonando que: “Es sumamente dudoso que con esta prueba [documental: contratos de depósito a plazo, y apuntes contables en cuentas] puede entenderse que existen [sic] una simulación contractual que, además de existir, habría provocado una nulidad contractual convalidada por el propio proceder de la entidad financiera explicado por la testigo que, como empleada de la sucursal, realizó esas operaciones. Incluso sigue siendo dudoso pese a los documentos aportados en el acto de la vista, ya en sede de enjuiciamiento … La valoración de dichas documentales no puede ser distinta de la de las del primer bloque …. Vuelven a ser cuentas sin titularidad u operatividad irregular acreditadas” (fundamento jurídico primero).

Sobre las pruebas personales practicadas, a su vez, la Sentencia prosiguió diciendo: “El conjunto de la prueba testifical hace inviable considerar que el encausado intentara perjudicar a la entidad financiera. Desde luego, a los clientes no. Todos y cada uno de los que han comparecido en juicio tienen una buena imagen de él, actúa como un conseguidor, ‘no te preocupes, ya lo arreglaremos’, y están satisfechos porque sus depósitos a plazo les han sido devueltos sin otra incidencia que un traspaso bancario, como ejemplo sirva el del señor Ceballos. No lo están los que recibieron dinero, y tienen que devolverlo (la denuncia ante Fiscalía es paradigmática) asumiendo garantías, caso de la señora Alfaya, pero esa no es la nota del dolo típico que configura el delito: el ánimo de perjudicar. Comparto, por cierto, la sorpresa de la Defensa, pues la condición de sujeto pasivo de ese ánimo se ha trasladado de los clientes a la propia entidad bancaria” (fundamento jurídico segundo).

Concluyó la Sentencia sobre los delitos indicados, que: “En definitiva, se pretende construir sobre bases nebulosas una conducta falsaria informada por el ánimo de perjudicar a Kutxabank, algo que ha quedado muy lejos de estar demostrado. Por el contrario, lo que parece vislumbrarse es que un director bancario de éxito, en una coyuntura económica de recesión, intentó mantener el nivel de negocio de la entonces única sucursal bancaria de Labastida, tal como el propio encausado apuntó y detalló en esa declaración sumarial que no ha ratificado en juicio” (fundamento jurídico segundo).

Por lo que concierne por último al delito de alzamiento de bienes, cuya comisión se atribuía a ambos acusados, la Sentencia valorando diversa prueba documental, descartó su concurrencia: “Como señala la doctrina jurisprudencial reseñada más arriba, el delito de alzamiento de bienes exige que se produzca un resultado que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda y este no es el caso. No lo es porque el encausado era titular de un plan de pensiones en la propia Caja Vital con un saldo de 548.913,86 euros y tras la división [del patrimonio ganancial, con la coacusada], le eran perfectamente embargables 312.923,06 euros que, en las condiciones de hecho existentes, difícilmente podía Barrón amortizar o traspasar sin conocimiento de la entidad bancaria. Una entidad bancaria cuyos responsables llevaban meses negociando con él en el ámbito económico. Debe, por todo lo expuesto, dictarse sentencia absolutoria” (fundamento jurídico tercero).

j) El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 4 de julio de 2017, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia, interesando a la Audiencia Provincial “que sea modificada la Sentencia recurrida, y se proceda a dictar una Sentencia condenatoria contra los acusados”. El recurso se articuló en tres motivos. El motivo primero, atacando el pronunciamiento de absolución por los “contratos simulados de depósito”, lo fundó a su vez en dos causas: (i) error en la valoración de la prueba “documental obrante en F 68 y siguientes, estos folios tienen por objeto los contratos simulados sobre los cuales recae la acción típica” y (ii) “error en la calificación jurídica del hecho”. El motivo segundo impugna la absolución “en cuanto al aval” y alega error en la valoración de la prueba documental relativa a ese punto. El tercer y último motivo, atinente a la absolución de la Sentencia por ausencia de acción típica del delito de alzamiento de bienes, se limita el escrito del Fiscal a mostrar “su completa oposición, siendo que existe una narración fáctica por parte de SSª que no puede concluir con la decisión alcanzada por este”.

k) Por su parte, la entidad Kutxabank, S.A., presentó escrito de apelación el 6 de julio de 2017 contra la Sentencia del Juzgado, interesando a la Audiencia Provincial que “previa anulación de la Sentencia recurrida dicte nueva sentencia de acuerdo con las conclusiones elevadas por el Ministerio Fiscal y esta parte a definitivas en el juicio oral”. Luego de condensar los antecedentes del proceso (alegación primera), el escrito adujo como motivo del recurso (alegación segunda) el error en la valoración de la prueba, tanto por “apartarse [la recurrida] de las máximas de la experiencia” en relación con diversa documental que detalla y también en cuanto al informe pericial contable ratificado en juicio por su autora, doña G.E.; bien solamente aduciendo error de valoración respecto de otros documentos que igualmente el recurso precisa.

Por escrito posterior presentado el 11 de julio de 2017, la misma entidad bancaria se adhirió al escrito de apelación formulado por la Fiscalía.

l) Con fecha 21 de julio de 2017 la Fiscal actuante presentó escrito de alegaciones por las que se reiteró en las conclusiones de su recurso de apelación, adhiriéndose además “a las manifestaciones vertidas en el recurso de apelación interpuesto por el letrado Carlos Chacón Castro” (en referencia al recurso de la entidad Kutxabank).

m) El representante procesal de la acusada doña María Soledad, presentó el 25 de julio de 2017 escrito de impugnación conjunta de los recursos del Ministerio Fiscal y de la acusadora particular.

Al día siguiente, el representante procesal del acusado don Rodolfo presentó por separado escritos de impugnación a los recursos del Ministerio Fiscal y de Kutxabank, conteniendo ambos un primer motivo referente al error en la valoración de la prueba que las acusaciones atribuyen a la Sentencia del Juzgado, alegando a este respecto la defensa del acusado la imposibilidad de valorar en segunda instancia nuevamente la prueba de cargo, al haber recaído sentencia absolutoria y conforme a lo dispuesto en el artículo 792 LECrim, con cita de la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la garantía de celebración de vista en la apelación penal, en las condiciones que tal doctrina delimita (invoca al efecto las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 105/2013, de 6 de mayo, FJ 3, y 191/2014, de 17 de noviembre, FJ 3, además de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

n) La Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en la que recayó el conocimiento de los recursos (rollo 75-2017), dictó Sentencia núm. 321/2017 el 5 de diciembre de 2017, con la siguiente dispositiva: “Que con estimación sustancial de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Kutxabank, contra la sentencia número 187/2017, dictada por el Juzgado de lo Penal número uno de Vitoria-Gasteiz en el Procedimiento Abreviado número 344-2016, el día 20 de junio de 2017, revocamos dicha resolución y decretamos la nulidad, debiendo el mismo Juez que dictó aquella volver a elaborar una sentencia, absolutoria o condenatoria, que contenga una motivación razonable acorde con el art. 24.1 CE, según lo expuesto en los fundamentos de esta resolución; declarando de oficio las costas de los recursos de apelación interpuestos. Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase”.

En el fundamento de Derecho primero, la Sentencia comenzó precisando que los dos recursos de apelación interpuestos: “Contienen una serie de argumentos que, en contraste con la motivación reflejada en la sentencia nos llevan a determinar la nulidad de la misma, de contenido absolutorio, por falta de motivación (aunque aparentemente la tenga) puesto que contiene razonamientos ilógicos o alejados de las máximas de la experiencia u omite todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia. Y lo anterior, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la actual legislación procesal y, cómo no, desde el debido respeto al órgano ‘a quo’”.

Luego de hacer cita de algunos pasajes de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 178-2011 (recurso 1487-2010), de 23 de febrero de 2011, sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causada por una sentencia absolutoria que contenga una valoración de la prueba arbitraria o ajena a las máximas de la experiencia, la Sentencia de apelación reconoce que tratándose de sentencias absolutorias no puede el órgano judicial ad quem revisar dicha valoración si por la índole de la prueba se requiere de la inmediación y contradicción, pues el Tribunal Constitucional no lo permite (invoca las SSTC 198/2002 y 230/2002). Si bien, añade, “sólo podrán dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia cuando la valoración probatoria expresada por el juzgador vulnere la tutela judicial efectiva”, como así lo ha dicho la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencia núm. 363/2017, de 19 de mayo de 2017 (recurso 2457-2016), con cita de otra anterior.

Precisó a continuación la Sentencia de la Sección ad quem, que la doctrina de este Tribunal Constitucional “radicalmente impide” que el órgano judicial de apelación:

“[M]odificando el relato de hechos probados sin haber practicado prueba alguna en la segunda instancia, dicte una nueva sentencia esta vez condenatoria. Insistimos, sólo podrá dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia, cuando el razonamiento probatorio alcanzado por el juzgador ‘a quo’ vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva. En nuestro caso, cierto es que los apelantes no invocan directamente el derecho a la tutela judicial efectiva, pero indirectamente al reflejar aquellas expresiones antes mencionadas, están expresando que la motivación es irrazonable o ajena a las máximas de la experiencia o que ha omitido la valoración de determinada prueba e incluso, como referíamos, se llega a hablar de ‘anulación’ de la sentencia. Pues bien, como nos encontramos ante una sentencia que, no olvidemos, absuelve, podemos tener en cuenta esa doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la posibilidad de anular la sentencia para que se dicte una nueva ajustada a esa tutela judicial efectiva.

Repárese que el juzgador a quo fundamenta el fallo absolutorio en base a la prueba no sólo documental sino también la prueba personal practicada bajo su directa inmediación como la numerosa testifical y, sobre todo, pericial/testifical en la persona de la Sra. Echeverría que, como es sabido, en el caso de autos, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, no podrá ser valorada sin necesidad de oír al perito como si de una ‘pericial documentada’ se tratara, cuando la perito/testigo ha prestado larga declaración en el acto del juicio explicando y aclarando sus informes lo que convierte este medio de prueba también en un medio de naturaleza personal (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 4, y 21/2009, de 26 de enero, FJ 2)”.

Tras identificar, así, lo que la Sentencia de apelación considera la doctrina a aplicar en su labor revisora sobre el juicio de prueba llevado a cabo por el Juzgado de lo Penal, el fundamento de Derecho segundo de aquélla se dedica a “reflejar las carencias y déficits de motivación que contiene la sentencia apelada, que la convierten en una sentencia irrazonable o alejada de los cánones de la experiencia (siempre con el debido respeto al juez ‘a quo’)”. Entre otras afirmaciones, se dice que “la sentencia de instancia debería dar más razón del comportamiento desplegado por el propio encausado quien en el acto del plenario se limitó a contestar a las preguntas de su letrado, y está en su derecho”, si bien “la notitia criminis se fue conformando precisamente con la colaboración que prestó el propio encausado ofreciendo datos a la dirección de la entidad”; que “resulta inexistente (aunque formal o aparentemente se aborde) la valoración de la prueba pericial emitida por la Sra. Echeverría”; o el exigir a la entidad bancaria el no haber aportado prueba sobre datos de difícil conocimiento, a modo de probatio diabólica, y en fin, que a criterio de la Audiencia, “las testificales practicadas en el acto del plenario, o no se valoran o se hace de manera muy genérica. Visionado el CD observamos que fueron cerca de una veintena”.

Expuso entonces dicho fundamento segundo, sin solución de continuidad, las consecuencias procesales que habían de anudarse a esa valoración probatoria del Juzgado a quo, con una referencia a la reforma del artículo 792.2 LECrim por la Ley 41/2015: “Así las cosas, y permaneciendo intacta la presunción de inocencia que ampara a los encausados, como no puede ser de otra manera, conforme a la doctrina expuesta considera la Sala que la sentencia de instancia contiene al menos una falta de razonabilidad en la valoración que de la prueba realiza u omite razonamiento sobre alguna de ellas, por lo que procederá acordar la nulidad de la misma, pues este Tribunal, por vía de recurso, carece de facultades para realizar una nueva valoración de pruebas personales lo cual a su vez conllevaría la modificación del relato de hechos establecido en la sentencia, sin que en modo alguno pueda hacerse una nueva valoración de la prueba personal y dictar una sentencia condenatoria respecto de quién resultó absuelto en la instancia, por lo que procede declarar la referida nulidad, doctrina que ha merecido sanción legal en la reforma operada por la ley 41/2015 de 5 octubre de modificación de la LECrim que entró en vigor el pasado 6 de Diciembre de 2016, pues en la nueva redacción del artículo 792.2 se establece expresamente…”.

Tras hacer cita de este último precepto y del tercer párrafo del artículo 790.2 de la misma Ley de enjuiciamiento criminal (igualmente reformado por la ley de 2015), al que aquel se remite, la Sentencia culminó su razonamiento: “Así las cosas, se deben retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su emisión para que el Juez a quo que presidió el juicio, con libertad de criterio, dicte nueva sentencia sin las deficiencias apreciadas y en la que se subsanen los vicios detectados y se valore la prueba practicada en el plenario y la documental obrante en autos resolviendo la petición de condena oportunamente planteada”.

En cuanto al delito de alzamiento de bienes, declaró el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Sección juzgadora, finalmente, que “será el juez a quo quien consecuente con el dictado de la nueva sentencia se pronuncie al respecto con libertad de criterio”, si bien precisó que la relación de hechos probados no incluía nada relativo al elemento subjetivo del tipo de injusto, omisión que impide que se pueda “integrar el factum” en esta Sentencia de apelación.

ñ) Por la representación procesal del acusado don Rodolfo se interpuso escrito solicitando la nulidad de la Sentencia de apelación. Proveyendo al mismo, la Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava, dictó diligencia de ordenación el 20 de diciembre de 2017, informando de este hecho al Juzgado de lo Penal a quo, “por lo que se ruega no trámite [sic] la sentencia dictada … por esta Sala, hasta que se resuelva dicho incidente, que se pondrá en conocimiento de ese Juzgado el resultado del mismo”.

o) Una vez sustanciado el incidente, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava dictó Auto el 31 de enero de 2018, desestimándolo, con imposición de costas al proponente. Ante todo, y como motivo que reputó “suficiente” para alcanzar esta decisión, sostuvo la Sección juzgadora, en su fundamento de Derecho segundo, que el incidente de nulidad resultaba inidóneo porque éste legalmente no procede contra resoluciones que no ponen fin al proceso, como sería el caso de la Sentencia dictada, sino solamente respecto de aquellas que sí lo hacen y no cabe ejercitar otro medio de defensa. Así:

“[E]n el supuesto actual no nos encontramos ante tal situación irreversible o irremediable, pues en primer lugar el pronunciamiento que se pretende impugnar es meramente procesal, es decir la sentencia impugnada no contiene pronunciamiento alguno que afecte de modo definitivo a los derecho [sic] sustantivos o materiales de las partes, sino que se limita a retrotraer el procedimiento, por razones formales o procesales, a un momento anterior, sin contener una condena o absolución definitiva de los acusados (vid. en este sentido, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 2 1 Mar. 2002, Rec. 1 602/1 999)… Y ello necesariamente debe ser así, si no se pretende transformar este incidente extraordinario en una nueva instancia en la que se impugnen incluso resoluciones meramente procesales, que se limitan a reparar un defecto procesal anterior, continuando la pendencia del pleito o causa. Procede, en consecuencia, desestimar el incidente interpuesto”.

Y a mayor abundamiento, pues se insiste en que el razonamiento anterior resulta suficiente para la desestimación del incidente, el fundamento de Derecho tercero del Auto ofreció otras consideraciones que desvirtuarían los argumentos del escrito de nulidad. En concreto, luego de rechazar la tesis del acusado de que la Sentencia de apelación acordaba una nulidad de oficio no solicitada por los apelantes, siendo que tal pretensión, explica, sí se contenía en los recursos interpuestos, el Auto añadió lo siguiente:

“En segundo lugar, se dice que nuestra sentencia aplicó indebidamente (contra reo) la reciente reforma de la LECrim (operada por Ley 41/2015). No es así. Y si se entendió mal (o más bien, este Ponente no supo explicarse) hacemos esta consideración. Esta Sala es sabedora que dicha reforma en esta materia, y de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Transitoria Única, tan solo es de aplicación en las causas cuya incoación se haya producido con posterioridad a su entrada en vigor, lo que aconteció el 6 de diciembre de 2015 y, por tanto, no a las presentes actuaciones. Ahora bien, ello no obsta a que se hiciera una referencia a ella como apoyo o refuerzo a la decisión tomada, pues, esa reforma, como es sabido, ha sido un ejemplo de positivización (como tantas veces pasa) de la doctrina jurisprudencial hasta entonces aplicable a las apelaciones de sentencias absolutorias que es en la que, esencialmente; nos basábamos (vid. FD primero y segundo de nuestra sentencia; en este último fundamento en el que, efectivamente, hacíamos mención expresa al actual panorama procesal, no obstante, nos encargábamos de reseñar esa positivización, ‘…procede declarar referida nulidad, doctrina que ha merecido sanción legal en la reforma operada por la ley 41/2015...)”.

Finalizó el Auto razonando que no hubo vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), concluyendo por tanto en la desestimación del incidente.

p) La Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, dictó diligencia de ordenación el 15 de diciembre de 2017 por la que tuvo por recibidas las actuaciones procedentes de la Audiencia Provincial, acordando pasar las actuaciones a “S.Sª a fin de dictar nueva sentencia”; con excepción del Auto recaído en el incidente de nulidad, que se tuvo por recibido posteriormente mediante nueva diligencia de ordenación de dicha Letrada, el 15 de febrero de 2018, quedando unido a las actuaciones, pasando éstas otra vez al Magistrado-Juez para dictar sentencia.

q) Con fecha 14 de marzo de 2018, el Juzgado a quo dictó providencia del siguiente tenor:

“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 35.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, entendiendo este Juzgado que existen serias dudas de constitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulnerar dicho precepto el derecho constitucional a la presunción de inocencia al exigir del Tribunal de apelación que realice una valoración, no ya de los recursos; sino de la prueba practicada a los efectos de anular la sentencia recurrida, y muy especialmente, a los efectos de determinar si el dictado de nueva sentencia afecta, o no, a la imparcialidad del órgano judicial de primera instancia, pues, como aquí ocurre, se le ofrece la posibilidad de dictar sentencia condenatoria que sustituya a la absolutoria dictada sin celebrar un nuevo juicio o practicar prueba en la segunda instancia, óigase al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas por el plazo común e improrrogable de diez días y, de su resultado, déseme cuenta a los efectos previstos en el número 2 citado”.

r) Con el fin de cumplir con el trámite de audiencia abierto, las partes presentaron sus alegaciones. El Ministerio Fiscal lo hizo mediante escrito de 27 de marzo de 2018, concluyendo en él que “la cuestión versa sobre un precepto no aplicable al caso”. Comenzó diciendo el escrito que en la providencia “no se menciona el precepto o preceptos constitucionales que se considera vulnerado, si bien parece deducirse con la referencia que hace al derecho de presunción de inocencia”. Con cita del artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), afirmó que siendo el precepto cuestionado el párrafo segundo del artículo 792.2 LECrim, sobre “la aplicación al caso de este precepto, ya se pronunció la Ilustre Audiencia Provincial de Álava en su Auto de 31 de enero de 2018, que daba respuesta al incidente de nulidad planteado”, a cuyo fin reproduce lo razonado en el fundamento de Derecho tercero en cuanto a la no aplicabilidad del mismo.

s) Asimismo presentó escrito de alegaciones, con fecha 5 de abril de 2018, el representante procesal del acusado don Rodolfo, mostrando su conformidad con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Al respecto señaló que “el nuevo art. 792 puede vulnerar (en casos como el que aquí acontece) el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los acusados (art. 24.2 de la CE)”. Sostuvo que “la interpretación de los arts. 790.3 y 792 de la LECrim, no debería nunca llevar a una situación como la que aquí se ha producido”, que el legislador ha “intentado … plasmar la doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, y “en modo alguno el Tribunal de apelación pueda revalorar prueba sin inmediación, y menos aún indicar directa o indirectamente al órgano que sí gozó de esa inmediación”, pues se comete un fraude de ley si el órgano judicial sostiene que “no puedo valorar la prueba pero critico la valoración de quien sí puede, y retrotraigo para que se dicte conforme a mi criterio”. Recuerda que si bien el artículo 792.2 LECrim da la opción al tribunal ad quem de acordar la repetición del juicio ante otro juez, —opción que, acota, no fue aquí la seguida—, ello tampoco evitaría la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, “por provocar el doble riesgo de condena, mediante la versión procesal del ne bis in idem, el double jeopardy”.

Advirtió a continuación el escrito de alegaciones que, por dicha parte procesal, se había interpuesto recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, “por dos motivos que coinciden plenamente con el incidente de nulidad planteado en su día ante la Sección Segunda … y que se da aquí por reproducido”.

t) Por último, el representante procesal de la entidad Kutxabank, S.A., presentó su escrito de alegaciones en la misma fecha —5 de abril de 2018—, manifestando que considera constitucional el precepto al que se refiere la providencia, extendiéndose en defender los razonamientos y la solución de retroacción de actuaciones dada por la Sentencia de apelación; lo que a su criterio no ha traído consigo una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

3. Con fecha 13 de abril de 2018, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz acordó dictar Auto planteando cuestión de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo del artículo 792.2 LECrim, en la redacción dada al mismo por el artículo único.8 de la Ley 41/2015, basando su decisión en seis fundamentos:

a) Como cuestiones de carácter previo, se hace cita tanto del artículo 24.2 CE, en el que se proclama el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como de los artículos 53.3 y 117.4 CE, referidos al principio de exclusividad de la función jurisdiccional (fundamento primero); argumentando a continuación que se cumplían en este caso los presupuestos procesales para formalizar dicho planteamiento (fundamento segundo); con resumen de los antecedentes del proceso a quo, precisando entre otros datos que tras la Sentencia de apelación, y hallándose en su consecuencia el Juzgado “en trance de dictar la nueva sentencia sin celebración de vista y conforme a la extensa valoración que de la prueba practicada reflejaba la sentencia de la Sala”, se decidió abrir por providencia el respectivo trámite de audiencia previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (fundamento tercero). Luego de estas consideraciones, se detiene el Auto en el fundamento cuarto a tratar el requisito del artículo 35.1 LOTC atinente a la aplicabilidad del precepto cuestionado al proceso a quo.

En este punto, dice coincidir con el Ministerio Fiscal en que por mandato legal este no era uno de los procesos en que la norma cuestionada debía aplicarse, pero que así lo hizo la Sección juzgadora al resolver la apelación, lo que comporta también ahora su aplicación necesaria por dicho Juzgado al tener que dictar nueva sentencia de instancia:

“A la luz del informe del Ministerio Fiscal, considero necesario realizar una consideración previa. La redacción del precepto que suscita dudas de constitucionalidad es la vigente. Le fue dada por el artículo Único 8 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y entró en vigor el 6 de diciembre del 2015. Como bien razona el Ministerio Fiscal, el precepto sería aplicable a todos los procesos penales incoados con posterioridad a esa fecha (Disposición Transitoria 1 ª de la citada Ley), sin embargo, en este concreto procedimiento el precepto cuestionado ha sido el aplicado y de su aplicación deriva el que este Juzgado de lo Penal deba dictar nueva sentencia sin practicar nueva vista sino con la ya practicada, analizada, contradicha y subrayada en el propio texto de su sentencia por el órgano de segunda instancia”.

Luego de reproducir el artículo 792 LECrim, en la dicción anterior a su reforma por la Ley 41/2015, continúa diciendo el Auto:

“Más arriba se han indicado los términos de los recursos interpuestos en su día, en ninguno de los cuales se invocó infracción procesal alguna, ni quebrantamiento de forma esencial del procedimiento, que sería la única base de un pronunciamiento de nulidad como el acordado respecto de la sentencia dictada por este Juzgado. Lo que lleva a la conclusión que, en este procedimiento, aún con las explicaciones que recoge a la letra el Ministerio Fiscal, se ha hecho uso de un precepto legal que presenta dudas de constitucionalidad. Obviar este hecho llevaría, además, a un resultado de afectación aun mayor de los derechos fundamentales de ambos acusados en un contexto jurídico de imposible remedio en sede jurisdiccional porque contra la sentencia de la Audiencia Provincial no cabe recurso ordinario alguno. Refuerza esta consideración no ya el tenor del párrafo primero de dicho artículo 792 en su redacción actual, también aplicado como se infiere del tenor de la sentencia y muy especialmente de su fallo, sino el cauce procesal que la legislación efectivamente aplicable a un proceso incoado en enero del 2011 ofrece respecto de un recurso de apelación aunque se sustancie en el 2017. Ninguna de las normas procesales aplicables (D.T. 1ª antes invocada) permitían al órgano ad quem realizar, siguiendo lo propuesto por la Acusación particular, realizar [sic], sin celebrar vista, una doble valoración de la prueba del derecho aplicado respecto de la cuestión de fondo”.

El Auto reproduce en este punto los artículos 790.2 y 791 LECrim, en la dicción anterior a su reforma por la Ley 41/2015, tras lo cual señala:

“Esa razón, la aplicación de un precepto como el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual, produciendo el efecto de que un órgano judicial valore la prueba practicada por otro, y sustituya, a través de indicaciones concretas e inaudita parte, esa segunda valoración por la suya propia abriendo así el camino a una sentencia condenatoria es la que motiva el planteamiento de esta cuestión por infracción del derecho a la presunción de inocencia, aunque pudiera afectar, de forma instrumental, al derecho a un proceso con todas las garantías . Se desarrollará esta cuestión con más detalle en los fundamentos siguientes”.

b) Ya en el fundamento quinto del Auto, se abordan los motivos por los que se considera que el precepto cuestionado resulta contrario al derecho a la presunción de inocencia. Tras referirse a la necesaria labor de cotejo por el órgano judicial que ha de plantear toda cuestión, entre la norma legal a aplicar al caso y el precepto de la Constitución que aquella infringiría, del modo como exigen los artículos 163 CE y 35.2 LOTC, y afirmar que la “efectividad” de aquel derecho fundamental a la presunción de inocencia depende de la potestad de jueces y tribunales de valorar libremente la prueba, ex artículo 117 CE, y 741 y 793 LECrim, en el sentido de que la prueba ha de ser válida, lícitamente obtenida y practicada con garantía de la defensa (cita al efecto, la STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9), y la condena “no ofrezca dudas sobre la culpabilidad del acusado”, pues de “existir éstas, la sentencia debe ser absolutoria”, relata el Auto que en la fase de primera instancia de este proceso, una “evidente duda de culpabilidad” dio lugar a la sentencia absolutoria del Juzgado, a partir de cuyo dictado sucedió que:

“Ninguno de los recursos contra dicha sentencia proponía la práctica de nueva prueba, el del Ministerio Fiscal interesaba una sentencia condenatoria y el de Kutxabank, S.A., la nulidad de la sentencia recurrida y el dictado de una nueva sentencia, también condenatoria. Aplicando el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de cuya constitucionalidad en cuanto al párrafo segundo se duda, la Audiencia Provincial hizo el siguiente pronunciamiento: ‘...revocamos dicha resolución y decretamos la nulidad, debiendo el mismo juez que dictó aquella volver a elaborar una sentencia, absolutoria o condenatoria, que contenga una motivación razonable acorde al artículo 24. 1 CE, según lo expuesto en los fundamentos de esta resolución...’.

Para entender las razones del mismo ha de acudirse a su propia sentencia en la que tras realizando [sic] una detallada valoración de la prueba practicada respecto al comportamiento del acusado, respecto de la documental practicada, respecto del resultado de la pericial, de la existencia de una banca paralela y de la imposibilidad para la acusación de probar las consecuencias patrimoniales por ser una probatio diabólica, señaló: ‘ Así las cosas, y permaneciendo intacta la presunción de inocencia que ampara a los encausados, como no puede ser de otra manera, ...procederá acordar la nulidad de la misma, pues este Tribunal, por vía de recurso, carece de facultades para realizar una nueva valoración de pruebas personales lo cual a su vez conllevaría la modificación del relato de hechos establecido en la sentencia, sin que en modo alguno pueda hacerse una nueva valoración de la prueba personal y dictar una sentencia condenatoria respecto de quien resultó absuelto en la instancia’. Hasta ahí lo que la Sala parecía reflejar era pura exigencia de doctrina constitucional reflejada, entre otras, en el Fundamento tercero de la STC 105/2013 [sobre la garantía de celebración de vista oral en apelación, en los casos de revisión del juicio de hecho mediante nueva valoración de pruebas personales]. Pero, a continuación, la Sala añadió: ‘... por lo que procede declarar referida nulidad, doctrina que ha merecido sanción legal en la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, que entró en vigor el pasado 6 de Diciembre de 2016, pues en la nueva redacción del artículo 792.2 se establece expresamente...’. La Sala hace expresa cita, a continuación, del tenor de ese precepto, y el del tercer párrafo del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no en su ·redacción del año 2011, año en que se incoó la causa, sino en la hoy vigente. Y su conclusión es la siguiente: ‘Así las cosas, se deben retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su emisión para que el Juez ‘a quo’ que presidió el juicio, con libertad de criterio, dice nueva sentencia sin las deficiencias apreciadas y en la que se subsanen los vicios detectados Y se valore la prueba practicada en el plenario y la documental obrante en autos resolviendo la petición de condena oportunamente planteada’. Lo que, a su vez, trasladó al fallo, no sin abordar uno por uno los argumentos de los recurrentes respecto a la valoración jurídico-penal de los hechos que estimaba probados, ordenando a este Juzgado que dictara una nueva sentencia absolutoria o condenatoria; … la devolución, que es un trámite procesal automático e indiscutible por vía de recurso, puede conducir al efecto de contaminar la valoración de la prueba en ambas instancias con afectación de la presunción de inocencia, más aún si, como es el caso, se dan indicaciones al juez a quo de cómo ha de valorar determinados medios de prueba o si unos deben primar sobre los otros.

Probablemente, el Legislador pretendía que, salvo en supuestos concretos, de forma específica en el caso de cuestiones relativas a la valoración de la prueba por el órgano ad quem en el caso sentencias [sic] absolutorias, la devolución llevase aparejada la celebración de una vista, pero no es eso lo que plantea la norma. Pero no corresponde a un órgano judicial legislar o proponer reformas legislativas pero sí hacerse eco de la situación que la norma provoca y de la afectación que produce respecto de un derecho fundamental”.

c) En el propio fundamento quinto, antes de cerrar con los dos párrafos últimos que acaban de reproducirse, el Auto alude también a la posible afectación de la garantía de la imparcialidad judicial, ante la aplicación por el Juzgado a quo del precepto cuestionado:

“En definitiva, estando este Juzgado sujeto a una relación de jerarquía funcional, la utilización del precepto que suscita dudas de constitucionalidad, al devolver la competencia para el enjuiciamiento a quien ya dicto [sic] sentencia absolutoria con la posibilidad expresa de que dicte sentencia condenatoria, sin que vuelva a celebración de vista y sin que se abra posibilidad alguna de revaloración directa de prueba con alegación y contradicción de partes, dejando indefensos a los acusados, quienes pueden llegar a ser condenados a través de un mecanismo de revaloración de prueba que no garantiza en absoluto la imparcialidad del juez o del tribunal sentenciador, quienes, fundadamente, ya han valorado la prueba practicada”.

d) Continúa el Auto en el fundamento sexto, dando sus razones para dudar de la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 792.2 LECrim, tras su reforma por Ley 41/2015, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Se informa que el sistema de apelación penal cambió después de trece años, con cita de la STC 167/2002, de 18 de septiembre y, como ejemplo más reciente de dicha doctrina invoca la STC 105/2016, de 6 de junio, para retomar sus consideraciones sobre el nuevo precepto:

“La nueva redacción del artículo 792 tiene dos ámbitos diferenciados. El primero ajustando la Ley a una interpretación plenamente constitucional, exige de las partes acusatorias que justifiquen la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento de las máxima [sic] de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad hubiese sido improcedentemente declarada. A esa justificación debe responder el Tribunal ad quem pero no de forma limitada [sic] porque le está vedado condenar al acusado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas. Si no concurre el primer presupuesto, la justificación, no cabe que, de oficio, se articule el efecto consecuente, el que suscita dudas de constitucionalidad, la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria con extensión, o no, al juicio oral, y con el dictado de una nueva sentencia, o no, por el Juez que dictó la anulada.

Así concebido, lo que el Legislador introduce es un atajo para soslayar la necesidad de que el Tribunal ad quem celebre una vista para revalorar las pruebas que entiende erróneamente valoradas y, muy especialmente, la audiencia del acusado, cuya presunción de inocencia se ve afectada por una revaloración de la prueba practicada en la instancia sin tener, siquiera, la posibilidad de ser simplemente oído respecto no ya de lo que alegan los acusadores, cuyos argumentos conoció en la tramitación del recurso, si no sobre la intensa valoración que el Tribunal ad quem hace de la prueba practicada, dando lugar, como aquí ha ocurrido a que el Tribunal ad quem haga entrever su voluntad de agravación e imponga su criterio por el principio de jerarquía funcional a1 órgano sentenciador de primera instancia”.

e) En el fundamento séptimo del Auto, se ocupa el Juzgado promotor de la cuestión de reproducir la doctrina constitucional que se contiene en la ya citada STC 105/2016, de 6 de junio, proyectando su solución al caso concreto, en cuanto a verificar el derecho de los acusados en apelación para ser oídos, surgiendo de aquí su contradicción con lo regulado, a su parecer, en la norma varias veces indicada, lo que trae consigo la duda de constitucionalidad que lleva al planteamiento de la presente cuestión:

“El precepto de cuya constitucionalidad se duda, a mi juicio, vulnera la doctrina constitucional expresada en la propia sentencia, y en las que ésta cita, porque el acusado debe tener la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio que el Tribunal ad quem va a utilizar en su sentencia si alguna de las partes intenta justificar alguno de los presupuestos que llevaría a dictar una sentencia de nulidad. El Legislador modificó la Ley sin introducir esa audiencia, no ya en el caso de agravación de la condena sino en ningún otro, y con ello, en el primero causó un evidente demérito de los derechos del acusado a ser oído. La afectación en el caso concreto entiendo que va a ser suscitada a través de un recurso de amparo de las Defensas por lo que no me extenderé en esa cuestión complementaria de lo que es objeto de esta cuestión. Como se señaló al inicio de esta resolución, es doctrina reiterada del Tribunal al que me dirijo que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado de los mismos. Es decir, la condena debe sustentarse en dos elementos, uno la existencia de válida prueba de cargo y otro un juicio razonable anudando la prueba practicada a un ilícito penal. En el caso de la absolución, o bien la prueba de cargo practicada no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, o bien siendo válida y eficaz no permite incardinarla en un tipo penal a efectos de culpabilidad. Pues bien, por efecto del automatismo del artículo 792.2, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se produce un tercer genus o posibilidad, el que no existiendo prueba de cargo válidamente practicada a juicio del órgano judicial a quo, como ocurre en este caso, una revaloración detallada de la misma, conforme a la sana crítica del órgano judicial ad quem, provoque que se imponga el criterio del segundo al primero por la vía de la jerarquía funcional, de modo que la cualidad de la prueba de cargo practicada, sin posibilidad de intervención alguna del acusado, se transmute de prueba inútil para desvirtuar la presunción de inocencia a prueba útil a esos fines, generando, además, una posible cadena de resoluciones revocatorias cuyo contenido pudiera ser, de nuevo, la nulidad de la sentencia si el órgano judicial de instancia no se aquieta a los criterios de valoración del órgano judicial superior e, incluso, a la utilización de la responsabilidad disciplinaria para imponer esa valoración. Añadiendo a todo ello un elemento decisivo a la hora de respetar la presunción de inocencia: la imparcialidad, entendida como falta de prejuicio (ha conocido de una prueba, la ha valorado y se ve forzado a revalorarla con criterios que no son los suyos) del órgano de instancia. ‘Contaminación’ que tiene difícil remedio en los ámbitos de la recusación y de la abstención.

En definitiva, y siempre a mi juicio, el que el párrafo segundo del número 2 del artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establezca una devolución automática del procedimiento al juzgado sentenciador de instancia tras una valoración contraria a la realizada por éste, sin celebración de vista, sin que el órgano ad quem tenga una relación de inmediación con medios de prueba de carácter personal, sin posibilidad de recurso ordinario y sin contradicción de partes, junto con el hecho de que autorice que sea el propio juez, que sí valoró la prueba con inmediación en el acto del juicio oral, pueda ser conminado en esas circunstancias a hacer una revaloración de los medios probatorios para concluir en un pronunciamiento condenatorio, no respeto [sic] del derecho a la presunción de inocencia. Es por todo ello que, en trance de tener que valorar, de nuevo, la prueba en función de los criterios interpretativos que exterioriza la Sala en su sentencia, lo que, según ésta podría llevar, incluso, a dictar una sentencia condenatoria, entiendo procedente plantear la cuestión al Tribunal Constitucional haciendo expresa invocación de los artículos 27.2 b), 29.1 b), 35 a) y 37 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional”.

4. Como ya se ha indicado en el encabezamiento de la presente resolución, la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado a quo, mediante oficio registrado en este Tribunal Constitucional el 30 de abril de 2018, remitió “testimonio de actuaciones y resolución original del Auto dictado en las presentes actuaciones de fecha trece de abril de dos mil dieciocho, por la que se acuerda elevar al Tribunal Constitucional” la presente cuestión de inconstitucionalidad.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de este Tribunal, de 7 de mayo de 2018, se acordó “acusar recibo del testimonio de actuaciones remitidas y comunicar al Ministerio Fiscal y al órgano judicial el número que la ha correspondido a la cuestión de inconstitucionalidad planteada”.

6. Mediante nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de este Tribunal, de 28 de mayo de 2018, se acordó “dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Penal número 1 de Vitoria-Gasteiz a fin de que, a la mayor brevedad posible, se remita copia de las actuaciones completas correspondientes al procedimiento abreviado núm. 5569-2012 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz”.

Las mismas se recibieron en este Tribunal el 25 de junio de 2018, con oficio de remisión de la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado a quo de 18 de junio de 2018.

7. Con fecha 17 de julio de 2018 el Pleno del Tribunal, actuando a través de su Sección Cuarta, dictó providencia por la que, “a los efectos que determina el artículo 37.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, acuerda oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegue lo que considere conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales y, entre ellos, el de la posible falta de aplicabilidad de la norma al proceso a quo (art. 35.1 LOTC)”.

8. La Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones que fue registrado el 17 de septiembre de 2018, interesando se tuviera por cumplimentado el traslado “conferido en virtud del art. 37 LOTC, y por el Pleno del Tribunal Constitucional se dicte auto inadmitiendo la presente cuestión por incumplimiento del presupuesto procesal del juicio de aplicabilidad respecto del art. 792.2 párrafo segundo de la LECrim que es objeto de la misma”.

Luego de resumir los antecedentes del proceso a quo que tuvo por menester, aborda sus consideraciones acerca del cumplimiento de los requisitos procesales por el Auto que promueve la cuestión. Respecto, en primer lugar, al trámite de audiencia a las partes del artículo 35.2 LOTC, entiende que si bien el precepto que se identifica en la providencia como cuestionado es el “párrafo segundo del art. 792 LECrim”, en su redacción por la Ley 41/2015, cuando en realidad es el párrafo segundo de su apartado segundo, no es menos cierto que la propia providencia explica el contenido de la norma, lo que permite inferir de cuál se trata. Asimismo, aunque no se hace cita del artículo 24.2 CE, la providencia indica que el derecho posible vulnerado es el de presunción de inocencia, lo que deviene suficiente conforme con la doctrina constitucional (ATC 22/2013, FJ 3), siendo que en el posterior Auto que se eleva a este Tribunal ya vienen formuladas tales precisiones.

A continuación señala el escrito de alegaciones de la Fiscal General del Estado, que la providencia de la que se le ha dado traslado en el trámite del artículo 37.1 LOTC, se refiere al requisito de aplicabilidad de la norma al proceso a quo, exigido por los artículos 163 CE y 35.1 LOTC, a cuyo efecto pasa a pronunciarse sobre su concurrencia. Para ello ilustra la doctrina dictada por este Tribunal interpretando el contenido y alcance de aquél, con cita del ATC 113/2017, de 18 de julio, FJ 3, y la STC 23/2017, de 16 de febrero, FJ 2, pasando entonces a lo expuesto por el Auto de planteamiento. Sostiene el escrito de alegaciones que el Juzgado ha incurrido en un “manifiesto error en el juicio de aplicabilidad del precepto legal cuestionado”, pues de su propia argumentación se deriva que no le corresponde a él aplicar el art. 792.2 LECrim, y que habría sido aplicado por la Audiencia Provincial.

Además, la afirmación de que esta última ha aplicado el mencionado dispositivo en la dicción dada tras su reforma por la Ley 41/2015 resulta igualmente “errónea y descansa en una mera manifestación de la voluntad” del Auto, teniendo en cuenta que dicha Ley, en su disposición transitoria, “excluye de su aplicación los procedimientos incoados con anterioridad a su entrada en vigor, como es el proceso del que trae causa la cuestión”. El Auto, al razonar así, no ha tenido en cuenta los argumentos ofrecidos “por el Tribunal de apelación en su sentencia y, en particular, en el auto de fecha 31 de enero de 2018, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la misma”, extractando a continuación el escrito de alegaciones algunos pasajes de ambas resoluciones en cuanto a la actividad de control sobre el juicio de prueba cumplido en apelación.

Como resultado, afirma la Fiscal General del Estado en su escrito que la “no aplicabilidad del precepto legal cuestionado por el Juez Penal para dictar la nueva sentencia de primera instancia, determina que la cuestión de inconstitucionalidad suscitada no cumpla ese presupuesto ineludible inherente al proceso de control concreto de constitucionalidad que es la cuestión, careciendo el órgano judicial de legitimación para plantear en abstracto el control de validez constitucional de las normas legales que no son de aplicación para dictar la resolución correspondiente en el proceso de su competencia”.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como se ha indicado ya en los antecedentes de la presente resolución, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz ha planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo, del apartado segundo del artículo 792 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), en la redacción dada a dicho precepto por el artículo único, apartado octavo, de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, “de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”. El resultante artículo 792.2, reza lo siguiente en sus dos párrafos:

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

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

A criterio del Juzgado promotor de la cuestión, en síntesis, la Audiencia Provincial ha revocado la Sentencia absolutoria previamente dictada por él, haciendo para ello aplicación indebida del citado artículo 792.2, párrafo segundo LECrim, en contra de lo previsto en la disposición transitoria de la Ley 41/2015 y la fecha de inicio del procedimiento. Esa aplicación obliga al Juzgador de instancia, a considerar si dicho precepto es respetuoso con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), puesto en relación con las facultades de revisión del juicio de prueba atribuidas al tribunal de apelación por el artículo 790.2 LECrim, igualmente reformado por la Ley 41/2015. Así, el Auto que promueve la cuestión sostiene que la norma cuestionada constituye un “atajo” para no tener que celebrar vista pública en segunda instancia como presupuesto para poder revalorar la prueba, a lo que obligaría la doctrina de este Tribunal Constitucional desde su STC 167/2002, de 18 de septiembre. Como consecuencia de ello, además, al haberse acordado la retroacción de las actuaciones y quedar vinculado el Juzgado a quo por lo resuelto en apelación, la cual ha efectuado un rechazo a su actividad valorativa de la prueba y la prohibición de formular su resultado de nuevo en los mismos términos, se viene a producir una interferencia en su propio ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, con posible quiebra de la garantía de imparcialidad.

Tras la apertura del trámite de alegaciones previsto en el artículo 37.1 LOTC, la Fiscal General del Estado ha presentado escrito por el que interesa la inadmisión a trámite de la cuestión planteada, por falta del requisito de aplicabilidad de la norma que se cuestiona al proceso a quo.

2. Procede por tanto que nos pronunciemos en este trámite procesal, acerca del efectivo cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra Ley Orgánica 2/1979, para la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

A este respecto, se constata en primer término que la norma cuya validez es puesta en entredicho tiene rango de ley (arts. 163 CE y 35.1 LOTC), como es el caso del indicado artículo 792.2, párrafo segundo LECrim, en la redacción dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

Asimismo, y a efectos de lo previsto en el artículo 35.2 LOTC, el Juzgado de lo Penal dictó providencia el 14 de marzo de 2018, dando plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronunciaran sobre la posible contradicción del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 792 LECrim, con el derecho a la presunción de inocencia y la garantía de imparcialidad judicial, al tener que dictar de nuevo sentencia sobre el fondo. Si bien dicha providencia no precisó que se trataba del segundo párrafo del apartado segundo de la norma, y no incluyó la cita de los preceptos constitucionales que recogen aquellos derechos fundamentales, ello no enerva la validez del trámite practicado conforme reiterada doctrina de este Tribunal, en la medida en que, de un lado y como sostiene la Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, la propia providencia se refería al texto del párrafo segundo del apartado segundo; y de otro lado, porque de los términos de la providencia dictada cabía inferir sin dificultad dialéctica de qué preceptos constitucionales se trataban las dudas de constitucionalidad (STC 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 3; AATC 24/2013, de 29 de enero, FJ 3, y 167/2017, de 12 de diciembre, FJ 1). De ello da muestra el tenor de las alegaciones presentadas tanto por el Ministerio público como por la parte acusadora particular y el coacusado, tal y como se recoge en los antecedentes de la presente resolución. Sobre los dos puntos de contradicción suscitados en la providencia versó, precisamente, la argumentación de fondo ya extensa, del ulterior Auto que promueve las dudas de constitucionalidad.

3. Debemos detenernos a continuación en el examen del requisito de aplicabilidad de la norma cuestionada al proceso a quo, al que se refiere el artículo 35.1 LOTC: “Cuando un Juez o Tribunal…considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso…”.

A este respecto, el Juzgado de lo Penal reconoce que atendiendo a la fecha de inicio del procedimiento penal concreto, y conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria única.1 (el Auto por el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad habla, por error, de la disposición transitoria “1ª”) de la Ley 41/2015, el artículo 792.2 LECrim al que dicha Ley modifica no sería por él aplicable. Pero de inmediato añade que ese impedimento legal cede (i) en primer lugar, frente al hecho de que el tribunal de apelación sí aplicó aquel precepto al dictar la Sentencia resolutoria de los recursos interpuestos; y (ii) en segundo lugar, porque en virtud de la causa por la que se anula el fallo de instancia y se ordena a dicho Juzgado el dictado de una nueva sentencia sobre el fondo, el ejercicio de la función jurisdiccional asignada al Juzgado a quo, queda interferida en virtud de la indebida aplicación de aquel dispositivo por la Audiencia, lo que a su vez trae consigo la pérdida de la debida imparcialidad al tener que dictar una segunda sentencia en la instancia, todo ello a costa de conculcarse el derecho a la presunción de inocencia de los acusados.

Para enjuiciar la solidez de esta doble línea de razonamiento, hemos de partir en esta materia de nuestra doctrina reiterada, que reproduce recientemente por ejemplo el ATC 65/2017, de 25 de abril, FJ 2, en cuya virtud: “como destaca inter alia la STC 18/2014, de 30 de enero, FJ 3, ‘es el órgano judicial el que, en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE), ha de interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción, de forma que es él quien ha de formular el pertinente juicio de aplicabilidad de la norma cuestionada a los hechos enjuiciados, juicio sobre el que este Tribunal únicamente ejerce un control meramente externo (SSTC 51/2004, de 13 de abril, FJ 1, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4), que se concreta en que no puede ponderar o revisar tal apreciación del propio órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo el supuesto ... de que el criterio que así se exponga resulte con toda evidencia errado’ (SSTC 188/1988, de 17 de octubre, FJ 3, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4)”.

En este último caso, precisa entre otros nuestro ATC 206/2012, de 30 de octubre, FJ 3 a), tal control resulta posible “por cuanto ‘existen supuestos en los que este Tribunal, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio de aplicabilidad y de relevancia formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada pues con ello se garantiza que la cuestión responde a la finalidad concreta que la justifica’ (STC 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 2, o STC 27/2012, de 1 de marzo, FJ 2)”. En igual sentido, ATC 164/2014, de 10 de junio, FJ 2.

Dada la directa relación causal que el Auto establece entre los dos núcleos de razonamiento que fundan el juicio de aplicabilidad de la norma al proceso a quo (aplicación por la Sección de apelación del precepto reformado por la Ley 41/2015 y, por razones de jerarquía, necesaria aplicación también por el juzgado al tener que dictar segunda sentencia), hemos de dar una respuesta a cada uno de ellos, siguiendo el mismo orden que se propone. Se adelanta que dicha argumentación no satisface la acreditación del mencionado requisito.

4. Así, en cuanto a la supuesta aplicación por la Sección de la Audiencia Provincial, del artículo 792.2 LECrim tras su modificación por la Ley 41/2015, puesto a su vez en juego con el artículo 790.2, párrafo segundo, de la misma Ley (también modificado) que limita los supuestos en que se permite el control de la valoración de la prueba en apelación, es lo cierto que de la lectura de la Sentencia dictada por la Sección ad quem y del Auto de esta que rechaza el incidente de nulidad instado en su contra, no puede inferirse que dicho órgano judicial haya aplicado el indicado precepto.

Lo que sostiene el Tribunal de apelación es que la revisión que lleva a cabo, por así plantearlo las partes apelantes, de la valoración de la prueba efectuada previamente por el Juzgado a quo en su Sentencia, resulta respetuosa con la doctrina constitucional sobre la garantía de inmediación en la segunda instancia penal en el caso de revocación de sentencias absolutorias, con cita al efecto de las SSTC 198/2002, de 28 de octubre, y 230/2002, de 9 de diciembre, que la aplican.

En su entendimiento del significado de esa doctrina, la Audiencia sostiene que lo prohibido por este Tribunal Constitucional no es en sí mismo poder acometer dicha revisión probatoria sino dictar, con base en ella, “una nueva sentencia esta vez condenatoria”. De allí que entienda a su parecer que “permaneciendo intacta la presunción de inocencia que ampara a los encausados”, puede acordar la nulidad de la Sentencia recurrida aunque “este Tribunal, por vía de recurso, carece de facultades para realizar una nueva valoración de pruebas personales … y dictar una sentencia condenatoria respecto de quién resultó absuelto en la instancia, por lo que procede declarar referida nulidad”.

El párrafo transcrito no ofrece duda alguna de que el sostén, acertado o equivocado en cuanto al tenor de la decisión adoptada con respeto, se dice, a la doctrina constitucional de referencia —aspecto de fondo en el que no entramos—, es la intelección que hace la Sección juzgadora de la doctrina constitucional que arriba se cita. Solo que entonces dicho órgano judicial, para cerrar el círculo y reforzar su argumentación, añade en el fundamento tercero el dato de que la doctrina constitucional que dice aplicar, “ha merecido sanción legal en la reforma operada por la ley 41/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECrim”, haciendo cita de los nuevos preceptos demostrativos de tal recepción legislativa. Mas ni ese u otro fundamento de la Sentencia afirma que esté aplicando tales artículos reformados.

En todo caso esta cuestión queda aclarada de manera frontal en el Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, descartando que se produjese tal aplicación:

“No es así. Y si se entendió mal (o más bien, este Ponente no supo explicarse) hacemos esta consideración. Esta Sala es sabedora que dicha reforma en esta materia, y de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Transitoria Única, tan solo es de aplicación en las causas cuya incoación se haya producido con posterioridad a su entrada en vigor, lo que aconteció el 6 de diciembre de 2015 y, por tanto, no a las presentes actuaciones. Ahora bien, ello no obsta a que se hiciera una referencia a ella como apoyo o refuerzo a la decisión tomada, pues, esa reforma, como es sabido, ha sido un ejemplo de positivización (como tantas veces pasa) de la doctrina jurisprudencial hasta entonces aplicable a las apelaciones de sentencias absolutorias que es en la que, esencialmente; nos basábamos”.

5. La aseveración realizada por la Sección de la Audiencia, de que al procedimiento no le era aplicable la normativa de apelación salida de la Ley 41/2015, resulta perfectamente razonable. La disposición transitoria única.1, de esta última, señala que: “Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”, y la jurisprudencia pacífica de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (máximo intérprete de la legalidad ordinaria: art. 123 CE) viene declarando que, a efectos de la mencionada disposición transitoria, se entiende por la fecha de “incoación del procedimiento”, aquella en la que tiene lugar la apertura de las diligencias por el órgano judicial instructor en el proceso abreviado, tal como el que aquí nos ocupa. Así, por ejemplo, el ATS de 10 de mayo de 2018 (recurso de queja 20123-2018):

“Para concretar la fecha de incoación ha de atenderse a la de la causa, cualquiera que sea la modalidad procedimental a que se ajustase y con independencia de las eventuales transformaciones de procedimiento que hayan podido producirse. El procedimiento abreviado no es un procedimiento distinto a las diligencias previas, sino en todo caso una denominación que abarca toda la secuencia desde la incoación de diligencias previas hasta la sentencia que le pone fin (Titulo II el Libro IV de la LECrim.); y, dentro de ella, también, a la fase que se inicia cuando las diligencias previas culminan con el traslado a las acusaciones para que formulen su acusación o piden el sobreseimiento. El procedimiento es el mismo; como sigue siéndolo cuando se remite al Juzgado de lo Penal para enjuiciamiento o cuando se interpone recurso contra la sentencia. Por tanto, no puede atenderse al argumento de estar no a la fecha de incoación de las D. Previas sino a la de los recursos, debiendo aplicarse el efecto retroactivo ya que favorece al reo (ver en igual sentido auto de 23/11/17, queja 20765/17, auto de 30/01/18, queja 21027/17 y auto de 31/01/18, queja 20883/17). En consecuencia, no cabe hablar de retroactividad cuando la Ley establece expresamente el alcance en el tiempo de la norma en cuestión. Conviene recordar que las leyes procesales no son leyes penales, por lo que no es posible el efecto retroactivo de las mismas, sino que únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor con arreglo a las circunstancias establecidas para el procedimiento aplicable (Auto de 6/3/18 queja 20958/17)”.

Por lo tanto, no vale entre otras la fecha en que se dictó auto de apertura de la causa a juicio oral. Así, ATS de 8 de mayo de 2018 (recurso de queja 21024-2017):

“En cuanto al fondo, alega el recurrente que en el presente procedimiento se dictó auto de apertura del juicio oral el 18 de diciembre de 2015, habiendo entrado en vigor la nueva redacción de la LECrim el día 6 anterior. Sin embargo, la fecha que ha de ser tenida en cuenta es la de incoación del procedimiento, la cual, en el caso, tuvo lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la reforma, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria única de la Ley 41/2015, más arriba citada, no resulta aplicable la previsión legal según la cual son recurribles en casación, por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim, las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales”.

Son exponentes también, en fin, de la jurisprudencia que se indica, entre otros los AATS de 13 de julio de 2017 (recurso de queja 20086-2017), 27 de marzo de 2018 (recurso de queja 20801-2017), 5 de abril de 2018 (recurso 2497-2017), 10 de abril de 2018 (recurso de queja 20125/2018), 8 de mayo de 2018 (recurso de queja 20073-2018), 7 de junio de 2018 (recurso 734-2018), 21 de junio de 2018 (recurso de queja 20294-2018), y 25 de junio de 2018 (recurso de queja 20124-2018).

En el presente caso resulta de las actuaciones recabadas por este Tribunal Constitucional, que la querella de la entidad Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (luego Kutxabank) se presentó el 19 de enero de 2011, y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria al que correspondió su conocimiento, ordenó la apertura de diligencias por Auto del 10 de febrero de 2011 (diligencias previas 641-2011), por ser los delitos narrados en la querella perseguibles de oficio, sin perjuicio de que esta última finalmente se admitió por Auto del 21 de ese mismo mes y año.

De modo que partiendo de la fecha de inicio del procedimiento, resulta irrelevante que estuviera ya en vigor la normativa de la Ley 41/2015 (en concreto desde el 6 de diciembre de 2015, de acuerdo con su disposición final cuarta) cuando se dictó por el propio Juzgado Instructor el Auto de apertura de la causa a juicio oral, el 17 de mayo de 2016; cuando se celebró la vista oral, el 25 de mayo de 2017, o cuando se dictó la Sentencia de instancia, el 20 de junio del mismo año 2017. El tenor de la disposición transitoria única.1 de la Ley 41/2015, en su interpretación por el Tribunal Supremo y seguida por la Audiencia provincial ad quem, impedía la aplicabilidad del cuestionado artículo 792.2 párrafo segundo LECrim, actualmente vigente.

6. Tampoco es posible compartir la tesis expuesta por el Auto que promueve la cuestión, al sostener que el Juzgado a quo venía obligado a la aplicación de aquel precepto como consecuencia de los efectos inherentes a la retroacción de actuaciones acordada por la Sentencia de apelación:

a) El artículo 792 LECrim, norma inserta en el proceso penal abreviado, antes y después de su reforma por la Ley 41/2015, lo que regula en sus distintos apartados —incluyendo el segundo— es el contenido de la Sentencia de apelación, de modo que su destinatario solo puede serlo el tribunal encargado de dictarla. Regula también el régimen de recursos contra dicha Sentencia (antes irrecurrible, ahora cabe el de casación, con condiciones —artículo 792.4—), y su notificación. Nada prevé el precepto, ni antes ni ahora, que deba ser “aplicado” por el órgano que ha dictado la resolución apelada.

b) Fuera en la dicción del artículo 792.2 LECrim anterior a la Ley 41/2015, sea con la resultante de dicha reforma legal, una vez concretados los extremos de la Sentencia estimatoria del recurso de apelación, lo que a partir de ella deba hacer el órgano judicial a quo en cumplimiento de lo resuelto por la Audiencia, no lo será “aplicando” el mentado artículo 792.2 LECrim, sino otros preceptos de nuestro ordenamiento que son justamente los que regulan los efectos derivados de la firmeza de una sentencia penal, dentro del propio proceso en que la misma se dicta.

Queda extramuros de esta cuestión de inconstitucionalidad, desde luego, el control de las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que se llegasen a atribuir por alguna de las partes del proceso a quo, a la propia Sentencia de apelación. Es el caso, como advierte el propio Auto que promueve la cuestión, del recurso de amparo (núm. 1466-2018, Sala Primera de este Tribunal) interpuesto por uno de los acusados contra dicha Sentencia y el posterior Auto que rechazó la nulidad de actuaciones.

7. En definitiva, la ausencia del requisito de la aplicabilidad de la norma al proceso a quo, se traduce en causa de inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, lo que releva del análisis tanto del llamado juicio de relevancia, como del eventual carácter notoriamente infundado de la argumentación de fondo que se expone en el Auto del Juzgado de lo Penal.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2330-2018, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz.

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil dieciocho.