

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7868-2023, promovido por don Oswaldo Vivas Aregall, representado por el procurador de los tribunales don Ignacio Argos Linares, bajo la dirección letrada de doña Judit Gené Creus, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2023 (rollo de apelación núm. 161-2023), que declaró la nulidad de la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Barcelona de 22 de mayo de 2023 (procedimiento abreviado núm. 158-2023), así como el auto de 26 de octubre de 2023 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de diciembre de 2023, don Ignacio Argos Linares, en nombre y representación de don Oswaldo Vivas Aregall y bajo la dirección letrada de doña Judit Gené Creus, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento.

2. El recurso tiene su origen en los antecedentes que seguidamente se relacionan:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 7 de Barcelona dictó sentencia de 22 de mayo de 2023 en la que absolvió al recurrente en amparo del delito de abusos sexuales por el que venía acusado.

Se recoge como hecho probado que el demandante alquiló una habitación entre octubre de 2020 hasta febrero de 2021 en el domicilio de un amigo, cuya hija menor, nacida en 2006, pernoctaba los fines de semana alternos en cumplimiento del régimen de visitas. Por el contrario, se consignan como hechos no acreditados que en octubre de 2020 y en enero de 2021 el acusado realizara tocamientos a la menor de 14 años en el pecho y la vulva, respectivamente, así como que la menor presente estrés postraumático con sintomatología leve secundario a tales hechos.

A dichas conclusiones fácticas llega la juzgadora tras referir extensamente (páginas 4 a 10 de la sentencia) la prueba practicada: declaraciones testificales de la menor, de sus padres, de dos amigos comunes del acusado y del padre, interrogatorio del acusado, informes sobre la menor del médico forense, de la psicóloga clínica propuesta por el Ministerio fiscal y de dos psicólogas forenses de la defensa, que efectuaron también un dictamen sobre la personalidad y estatus psíquico del acusado, habiendo depuesto en el juicio todos los peritos.

La magistrada considera que “la prueba practicada no ha sido clara, contundente y determinante en delitos que tienen lugar en un contexto de privacidad, clandestinidad e intimidad”, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos de la declaración de la víctima para ser prueba de cargo suficiente: credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación. Subraya que se trata de “un delito en que la perjudicada es una menor de 16 años cuando declara en el plenario, de 14 años cuando suceden los hechos y de 15 años cuando denuncia” y razona que “el relato del menor ha variado, de cuando denuncia a cuando se le toma declaración e incluso en el plenario que ha negado que en el primer hecho le tocara el pecho, pese a así afirmarlo en fase de instrucción” (sic). Se atiende también a que la perjudicada ha tenido “una transición en cuanto a la aceptación/rechazo de su cuerpo, que tras la denuncia inicia terapia psicológica conductual” y que “pese a disponer de los servicios de asesoramiento del SATAV para no sólo valorar la credibilidad del testimonio, sino también poder dirigir el interrogatorio y no invadir o intervenir

o direccionar en los recuerdos de la menor y sobre todo evitar esa revictimización secundaria que ha tenido en el plenario, al no haberse practicado la necesaria prueba preconstituida en caso de menores”.

El órgano judicial aprecia también que, “pese a tener lugar en un contexto de clandestinidad, no se ha aportado datos periféricos corroboradores alguno de lo expuesto y objetivable” (sic). Explica que ha quedado clara “la conexión especial de la menor con el acusado que incluso le llevó a conectarse a través del aplicativo de Instagram [con posterioridad a los hechos], tal y como además ambos han corroborado”, pero no se han aportado elementos probatorios del pantallazo de la conversación con la amiga que le dijo a la menor que denunciara que la madre dice haber visto el día de la denuncia, o de sus manifestaciones sobre los hechos que la menor dice haber explicado en la charla colegial sobre ciberbullying (en la denuncia se recoge que estaban todos los tutores de la ESO y la coordinadora de secundaria) o la evolución en los estudios de la menor. Añade que la menor “fue curiosamente sometida a una exploración forense sobre la base de un informe que ni siquiera tuvo acceso el Juzgado, y menos la defensa hasta el traslado con la apertura de juicio oral; informe de psicóloga clínica que trataba la sintomatología padecida, sin cuestionar el origen de la misma, tal y como de forma científica han rebatido las dos psicólogas forenses aportadas por la defensa; informes en donde la habitualidad o normalidad cuestionados en el plenario no han dado luz sobre lo realmente sucedido en las fechas que ahora se acusan; informes periciales de la defensa no de la acusación, y aun en el caso de entender el informe de la psicóloga de la acusación como forense, que no olvidemos tal y como confirma la STS 37/2023, de 26 de enero: ‘Dado su objeto, constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde, aunque no la suplen y carecen de efecto corroborador, salvo que constaten la presencia de una sintomatología sugerente de la realidad del hecho objeto de prueba’; sintomatología acreditada si bien no en cuanto al origen de la misma”.

Insiste acto seguido en el lapso de tiempo entre los hechos y la denuncia y en que “no se ha aportado ningún dato periférico más que necesario en este caso, cuando se mantiene por las acusaciones el cambio de relacionarse, de vestirse, comportarse, con el intento autolítico, mediante aportación de expediente escolar que acredite el cambio en el rendimiento escolar, la evolución en los estudios, la propia psicóloga con la que tuvo las primeras entrevistas, alguno de los testigos de la charla y más cuando había personal docente, del IES [...] todos los tutores de la ESO y la coordinadora de secundaria y, de la amiga que le escribió el mensaje (al afirmar

en fase de instrucción en el acta sucinta la madre desconocer si se había borrado o no (folio 97), a la que también podría haber sido llamada, de haber sido borrado, entre otros”.

En apoyo de ese déficit cita en extenso extractos de las SSTC 115/2023, de 22 de febrero, y 172/2022, de 24 de febrero, sobre las exigencias de la presunción de inocencia y la necesidad de corroboración de la declaración de la víctima cuando por circunstancias del tiempo o la imprecisión de la imputación se impide la defensa del acusado. Concluye la “falta de prueba bastante de cargo, la practicada en el plenario plantea más que dudas sobre lo realmente sucedido, y en consecuencia, dicto una sentencia absolutoria”.

b) La acusación particular formuló recurso de apelación, en el que interesó la nulidad de la sentencia por “motivación absurda, irracional y contraria a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia con vulneración de la tutela judicial efectiva” con invocación de lo dispuesto en los arts. 792.2 y 790.2 LECrim. Sostiene que la sentencia absolutoria contiene errores de transcripción de las intervenciones. Respecto de los parámetros aplicables a la declaración de la víctima, alega que no ha analizado la clara ausencia de incredibilidad subjetiva por las buenas relaciones de la menor con el acusado y la no existencia de fabulación en la menor; que incurre en un razonamiento ilógico y error patente cuando no aprecia persistencia en la incriminación, para lo que reproduce pasajes de las diversas declaraciones de la menor; y defiende que viene corroborada por pruebas periféricas, que irracionalmente no ha tenido en cuenta la jueza, como la familiaridad con el acusado, la autolesión después del primer episodio, la evolución en el comportamiento de la menor observado por su madre, cuya declaración es prueba de todo ello, o lo manifestado por los peritos, cuya valoración por el órgano judicial de instancia cuestiona.

La representación procesal del ahora demandante de amparo se opuso al recurso, aduciendo que la acusación se basa en una selección parcial de las declaraciones y pretende hacer valer sus valoraciones frente a la razonabilidad de la sentencia absolutoria, que defiende mediante un desarrollo extenso sobre lo argumentado en ella respecto a la credibilidad subjetiva, la persistencia en la incriminación y los elementos de corroboración objetiva.

c) Por sentencia de 20 de septiembre de 2023, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación, declarando la nulidad de la sentencia absolutoria, con devolución de la causa al juzgado de instancia para que se proceda a la celebración de un nuevo juicio y ante juez distinto.

La sala identifica como motivo del recurso el “error en la valoración de la prueba” (arts. 790.2 y 792.2 LECrim), por lo que entiende que debe “examinar si la valoración de la prueba que ha hecho la juzgadora de instancia es o no la correcta por ser racional. Esa racionalidad ha de entenderse referida al resultado de las pruebas y a si sus valoraciones se corresponden con las inferencias que se extraen. En concreto, y dada la naturaleza del delito objeto de la causa, ha de examinarse principalmente el testimonio de la víctima y cómo la jurisprudencia aborda el valor que merece este medio de prueba [...] si el testimonio de la menor es fiable o no”, labor que aborda tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exigencias para que se erija en prueba de cargo. Avanza acto seguido que “[n]o compartimos las dudas que sobre la fiabilidad de la menor en su relato ha expuesto la jueza ‘a quo’ y [...] discrepamos de la valoración que hace de las periciales y del testimonio de la víctima”.

Respecto a la persistencia incriminatoria, niega que exista un cambio de versión desde la premisa de que no puede exigirse una coincidencia sin fisuras en el relato y “es preferible un testimonio espontáneo y persistente en lo esencial que una preparación del testimonio a verter en el plenario”. Entiende que en el caso hay una coincidencia sustancial entre la versión dada en la instrucción y en el plenario, si bien admite que existe discrepancia evidente en relación con la denuncia, a lo que opone que “su valor es inferior ya que la declaración prestada en sede judicial está dotada de mayor garantía y, además la menor dio una versión plausible sobre su situación en el momento de poner la denuncia”. Asimismo, subraya la ausencia de móvil espurio, sin que la tardanza en denunciar afecte a la credibilidad o fiabilidad, que puede deberse a la tardanza en comprender lo ocurrido, especialmente con víctimas menores de edad y con problemas de aceptación, como era el caso.

Por lo que atañe a la existencia de elementos de corroboración, considera como tales el informe del médico forense y la pericial psicológica, afirmando que, “frente a la valoración de la juzgadora, en la alzada no compartimos que merezca más crédito la pericial de la defensa”. Aprecia que la valoración del órgano judicial de instancia presenta dos déficits. El primero, haber aceptado una pericial psicológica sobre el acusado que tiene por objeto valorar si, según su personalidad, puede cometer o no los hechos objeto de acusación, y no fundar una eximente o atenuante vinculada a una hipotética alteración psíquica. El segundo, la valoración del informe del médico forense, que se ha de reputar objetivo *per se* y que no se ocultó a la defensa causando indefensión, ya que ha podido someter ese informe y el de la psicóloga clínica a la

debida contradicción, además de haber aportado su propio informe, que mereció mayor crédito a la juzgadora de instancia.

El tribunal *ad quem* termina diciendo que

“desde la fiabilidad del testimonio de la menor [...], concluimos que la valoración de la prueba es errónea y que debe anularse no sólo la sentencia sino también el juicio oral.

Lamentamos que la menor tenga que someterse a una victimización secundaria pero no estamos ante un déficit de motivación sino ante una valoración de la prueba que no consideramos procedente. La juzgadora de instancia ha hecho una valoración detallada de la prueba y con la debida motivación, aunque no la compartamos. Es decir, con el mismo sustrato probatorio no respondería a la lógica más elemental que cambie su valoración.

Por este motivo se impone la repetición del juicio ante juez distinto. Aunque la parte apelante haya pedido sólo la nulidad, dando con ello cumplimiento a lo que exige la norma procesal, es al tribunal ‘ad quem’ al que corresponde fijar los efectos de la nulidad a la vista de la literalidad del párrafo segundo del artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En definitiva, el recurso se estima y se declara la nulidad de la sentencia debiendo procederse a la celebración de un nuevo juicio oral ante juez distinto”.

d) Por providencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2023 se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la representación procesal del ahora demandante de amparo, en el que se insta la anulación de la sentencia de apelación por haberse vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), a un procedimiento con todas las garantías (24.2 CE) así como el principio *non bis in idem* (25.1 CE). En el escrito se argumenta, de un lado, que ni se dan los requisitos para acordar la nulidad de la sentencia absolutoria ni para acordar la nulidad del juicio y su repetición, además, ante un juez distinto, repetición y cambio que no se habían solicitado. De otro lado, que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia en tanto que la sala “realiza indebidamente valoraciones de la prueba practicada y concluye de forma taxativa que procede una valoración distinta de la misma”.

La providencia de inadmisión opone que no concurre ninguno de los supuestos de nulidad del art. 238 LOPJ y que se pretende una tercera instancia en la que sustituir la valoración del tribunal por la de la parte. Añade que la decisión de repetir el juicio, adoptada en

cumplimiento del art. 792 LECrim, no causa indefensión, recordando que el acusado continúa amparado por la presunción de inocencia.

3. El recurrente plantea cuatro motivos de amparo, los dos últimos, con carácter subsidiario.

A. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del principio *non bis in idem* (art. 25.1 CE) por haberse ordenado indebidamente la nulidad de la sentencia y la repetición del juicio. Esta queja se articula a su vez en tres denuncias.

(i) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías (art. 24 CE) por la declaración nulidad de la sentencia absolutoria con manifiesta inobservancia de la legislación aplicable, la jurisprudencia constitucional y el deber de motivación de las resoluciones judiciales. Después de recordar la jurisprudencia constitucional que tiene por oportuna, así como la reforma operada por la Ley 41/2015 en la segunda instancia penal (arts. 790 a 792 LECrim), el demandante concluye que “la única posibilidad sería argumentar que la valoración que se ha llevado en primera instancia fue completamente irracional”. Ello es así, según entiende, porque el tribunal de apelación tiene vedada la valoración sin intermediación de aquellas pruebas practicadas durante el plenario y porque la acusación únicamente tiene derecho a una resolución racionalmente motivada, pero no a una resolución de condena, por mucho que pueda parecer más razonable su tesis que la de la defensa.

Según el recurrente, la sentencia impugnada, sin embargo, se aparta de tal premisa en su proceder a pesar de reconocerla formalmente, ya que “en ningún momento declara que el Juzgado de lo Penal haya valorado la prueba de forma irracional, apartándose de las máximas de experiencia, de forma absurda, ni utiliza ninguna otra expresión análoga”. Por el contrario, añade, “va analizando la valoración de algunas de las pruebas por el órgano de instancia, manifestando que no la comparte (sin que en ningún momento la tache de irracional) pero, a la vez, omite hacer mención a determinadas pruebas de descargo consideradas por el Juez de Instancia”, afirmación que justifica con cita de expresiones de la resolución impugnada. Subraya que ese proceder se proyecta a la declaración de la víctima, que se valora de forma diversa a pesar de la falta de intermediación y de la motivación ofrecida por la sentencia de

instancia, así como a las periciales, sin aportarse, además, argumentos que avalen la discrepancia, en todo caso insuficiente para revocar la sentencia absolutoria.

(ii) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia por exceso, al acordarse la nulidad del juicio oral y la repetición del mismo ante un órgano con composición distinta sin que existiera una petición al respecto por la parte recurrente, que, de hecho, solicitó solo la nulidad de la sentencia y que se volviera a dictar.

Rechaza que el art. 792.2 LECrim permita acordar tal repetición de oficio en contra de la norma general del art. 240.2 LECrim y reprocha a la sala de apelación que no motivara debidamente esta decisión, que se limita a aducir que “con el mismo sustrato probatorio no respondería a la lógica más elemental que cambie su valoración”, decidiendo, por tanto, que dicha valoración debe cambiar. En este punto advierte que, en este caso, la repetición del juicio implica una nueva victimización.

El demandante añade que tampoco el cambio de composición del órgano judicial fue solicitado por la apelante, sin que la sala haya motivado, en el sentido del art. 792.2 LECrim, la necesidad de tal cambio por razones de imparcialidad. Más bien, según defiende, ese cambio vinculado al necesario cambio de valoración del que habla la sentencia recurrida afecta la imparcialidad que debería tener el nuevo órgano de enjuiciamiento.

(iii) Vulneración del derecho al principio de legalidad penal (25.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) por infracción del principio *non bis in idem*, debido a que las resoluciones impugnadas conducen a tener que someterse indebidamente a un nuevo juicio por unos hechos por los que ya fue juzgado y absuelto, ya que no hay razón constitucionalmente válida para ello.

B. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, en especial, la presunción de inocencia (24.2 CE), por el hecho de que la Audiencia Provincial, órgano jerárquicamente superior al juzgado ante el cual se tendría que repetir el juicio, realiza indebidamente valoraciones de la prueba practicada y concluye de forma taxativa que procede una valoración distinta de la realizada en la instancia y que determinó la absolución.

El recurrente sostiene que la sentencia de apelación contiene valoraciones sobre la prueba practicada en el plenario que vulneran el principio de libre valoración de la prueba que tiene el juez de instancia y, además, se efectúan sin tener en consideración las pruebas valoradas de forma beneficiosa y sin respetar el principio de inmediación. Aclara que, si bien la sala de apelación no dicta formalmente una condena, sí revalora la prueba y se decanta por la versión de la acusación. Así lo acreditan, según expone, diversas manifestaciones consignadas en la resolución recurrida alusivas a si ha existido cambio de versión o no de la víctima o inconsistencias en su testimonio y cómo valorar tales datos, o relativas a la necesidad de que en el nuevo juicio el juez pueda cambiar la valoración probatoria. Todo ello de forma contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aprecia lesión de la presunción de inocencia cuando un tribunal se posiciona a favor de la culpabilidad antes de un fallo condenatorio. También que aprecie como elemento de corroboración la pericial de parte ignorando no solo la de la acusación sino pruebas que resultan contrarias a lo manifestado por la víctima o que se hayan omitido pruebas evidentes que podrían haber llevado a su corroboración. O que se afirme que el relato de hechos de la víctima conforma el tipo básico del delito de abuso sexual. Con ello, concluye, se estaría asegurando la condena del recurrente tras la repetición del juicio.

C. Vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (24.2 CE) al inadmitirse el incidente de nulidad de actuaciones con una composición distinta de magistrados de la que tuvo la misma sección a la hora de dictar la sentencia.

Este tercer motivo, planteado con carácter subsidiario, denuncia que de los tres magistrados que dictaron la sentencia de apelación, solo dos intervienen en la resolución del incidente de nulidad de actuaciones, de forma que integró la sala una tercera magistrada distinta de la que conformó la sala de apelación, sin que se haya justificado por necesidades del servicio, como exige la STC 152/2015, la variación.

D. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

También con carácter subsidiario denuncia el demandante que ninguna de las razones que se adujeron en la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones resulta aceptable desde la óptica constitucional, pues se basan en una interpretación excesivamente

restrictiva del objeto de este tipo de impugnación. En particular rechaza la admisibilidad del argumento de que no se pone de manifiesto uno de los supuestos de nulidad del art. 238 LOPJ, ya que se planteó por la vía del art. 241.1 LOPJ; que se hubiera utilizado el incidente como una tercera instancia, por cuanto se denunciaron en exclusiva lesiones producidas por la sentencia de apelación; y que la resolución no causa indefensión, porque en el nuevo juicio sigue contando con el derecho a la presunción de inocencia, ya que también se alegaba el derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos.

En el suplico de la demanda de amparo se solicita la declaración de nulidad de la sentencia y providencia impugnadas y que se retrotraigan las actuaciones hasta al momento anterior al dictado de la sentencia revocatoria, o subsidiariamente, al del dictado de la providencia de 26 de octubre de 2023. Mediante otrosí solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada.

4. La Sección Cuarta de este tribunal acordó por providencia de 6 de mayo de 2024 admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)]. En la misma resolución se ordenó que fueran emplazadas ante este Tribunal las partes que hubieren participado en el proceso previo y se formara pieza separada de suspensión, medida cautelar que se acordó por ATC 62/2024, de 2 de julio.

5. La secretaría de justicia de la Sala Segunda de este tribunal, por diligencia de 18 de julio de 2024, acordó dar vista por plazo común de veinte días de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, para que pudiesen presentar las alegaciones que estimaren pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

6. La representación procesal del recurrente formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 18 de septiembre de 2024, en el que reitera los motivos de la demanda con los mismos argumentos en ella desarrollados.

7. El fiscal ante el Tribunal Constitucional formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 15 de octubre de 2024, en el que interesa el otorgamiento del amparo por

vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al proceso justo (art. 24.2 CE).

A. El fiscal aborda en primer lugar las vulneraciones que con carácter principal se imputan a la sentencia de apelación, comenzando por las denuncias vinculadas a la revocación de la sentencia de instancia para abordar después la queja de incongruencia y la aducida lesión del derecho a la presunción de inocencia.

a) Tras recordar el régimen legal introducido por la Ley 41/2015 (arts. 790.2 y 792.2 LECrim) y la doctrina constitucional sobre la revocación de sentencias absolutorias de la mano de la STC 72/2024, de 7 de mayo, precisa que en el presente supuesto “nos encontramos ante una apelación en la que, tal como reconoce la sentencia, se plantea un supuesto de error en la valoración de la prueba”, que obliga al órgano judicial de segunda instancia a realizar un examen externo de la razonabilidad de la sentencia, sin que pueda revalorar el acervo probatorio o modificar los hechos.

Desde tal planteamiento y a la luz de la fundamentación de la sentencia de instancia y de apelación aprecia que esta última vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) al revocar un fallo absolutorio mediante la revaloración alternativa de pruebas personales –en especial, la declaración de la víctima y las pruebas periciales–, sin respetar la inmediación y contradicción en segunda instancia. A su juicio, el tribunal de apelación sustituyó la valoración de la primera instancia por la suya propia, admitiendo incluso que la sentencia original estaba detalladamente motivada y no era arbitraria.

b) El fiscal descarta, en cambio, que la sala de apelación haya incurrido en una incongruencia *extra petita* contraria al art. 24.1 CE al acordar la repetición del juicio con una composición del juzgado distinta. A su entender, “la amplitud de la decisión que puede adoptar el órgano judicial revisor de la sentencia no queda delimitada por la petición de la parte, sino por la propia ley reguladora de la apelación”. En concreto, por lo previsto en el art. 792.2 LECrim, precepto que permite una triple alternativa tras la nulidad: pronunciamiento por el juez que sentenció, reiterar todo o parte del juicio y celebración de un nuevo juicio con un juez distinto, debiendo justificar el tribunal *ad quem* el alcance que decida.

c) Por último y todavía en relación con la sentencia de apelación, concluye que, conforme a la STC 72/2024, FJ 6, se lesiona la presunción de inocencia, ya que del contenido de la sentencia revocatoria “se desprende una clara manifestación de aparente culpabilidad del acusado que resultó absuelto, pues no otra parece ser la idea que trasciende cuando para justificar el cambio del juez a la hora de celebrar el nuevo juicio, se base en que la que asistió a la primera instancia no es posible que cambie su valoración, que no olvidemos le dirigió, por la vía de la duda razonable a la absolución. Es evidente que contiene una sugerencia implícita al nuevo juzgador de hacia dónde debe dirigirse la nueva decisión”. En otras palabras, “exterioriza una opinión que lleva aparejada la convicción sobre la culpabilidad del acusado”, por lo que vulnera el art. 24.2 CE.

B. Para el caso de que el Tribunal no apreciara concurrentes las vulneraciones atribuidas a la sentencia de segunda instancia, el fiscal analiza las quejas dirigidas contra la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

a) Estima que la sustitución de una magistrada integrante de la sala que resolvió la apelación por otra en la sala que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Sin dejar de reconocer que la composición de un órgano está supeditada a contingencias de carácter personal que afecten a alguno de los miembros, como imposibilidad sobrevenida por problemas de salud, fallecimiento, jubilación, etc., advierte que en el caso no consta la concurrencia de ninguna de estas razones, y si se dieron, no se pusieron en conocimiento de las partes para que pudieran alegar a su conveniencia. Esta ausencia de información generó una duda razonable sobre la imparcialidad del tribunal, con una clara incidencia negativa en los intereses del actor.

b) Asimismo considera el fiscal que la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones carece de la debida motivación, no solo por su parquedad, sino porque los escasos argumentos ofrecidos son arbitrarios, por lo que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De un lado, se opone que no se da ninguno de los supuestos del art. 238 LOPJ, cuando el incidente no se fundaba en tal precepto, sino en el art. 241.1 LOPJ. De otro, se aduce que el incidente de nulidad no puede convertirse en una tercera instancia, pero el escrito del recurrente pretendía un examen de la decisión de la sala “desde la mirada de los derechos fundamentales citados” y no una revisión de su valoración de la prueba o sustituirla por la propia del actor.

El fiscal concluye sus alegaciones solicitando que se reconozcan las vulneraciones iusfundamentales expuestas y, a efectos de restablecer al recurrente en su derecho, se acuerde la nulidad de la sentencia dictada en la apelación y recobre su firmeza la sentencia absolutoria de instancia.

8. Por providencia de 17 de abril de 2026, se señaló para deliberación y fallo de esta sentencia el día 27 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. *Objeto del recurso, pretensiones de las partes y orden de tratamiento*

El recurso de amparo se formula contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2023 (rollo de apelación núm. 161-2023), que declaró la nulidad de la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Barcelona de 22 de mayo de 2023 (procedimiento abreviado núm. 158-2023) y acordó la retroacción de actuaciones y la celebración de nuevo juicio oral por dicho tribunal con distinta composición, así como contra el auto de 26 de octubre de 2023 dictado por el mismo órgano judicial que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la mencionada sentencia.

El demandante plantea diversas quejas que dirige de forma principal contra la sentencia que estima el recurso de apelación y subsidiariamente contra la providencia que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones. Respecto de la sentencia, denuncia que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y al *non bis in idem* (art. 25.1 CE) en tanto revoca la absolución dictada en primera instancia sin respetar la jurisprudencia constitucional sobre los límites de la revisión de sentencias penales absolutorias y el deber de motivación, al tiempo que incurre en incongruencia por exceso al fijar un alcance de la retroacción (nuevo juicio con distinta composición del órgano judicial) no solicitado por la parte apelante y que le obliga a someterse indebidamente a un segundo enjuiciamiento. Considera también que infringe el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al declarar la nulidad de la sentencia de instancia a partir de una nueva valoración de la prueba efectuada sin inmediatez y que concluye apreciando la verosimilitud de la acusación.

Por lo que atañe a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, sostiene que vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) por la distinta composición personal de la sala a la que dictó sentencia, así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto la motivación ofrecida en dicha providencia es indebida y contraria a la doctrina constitucional sobre las causas de inadmisión de este tipo de incidentes.

El fiscal interesa el otorgamiento del amparo por entender que la sentencia de apelación vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del demandante. A su juicio, se revoca el pronunciamiento absolutorio de instancia con base en una nueva valoración de la prueba y sin haber apreciado la insuficiencia e irracionalidad de la efectuada por el órgano judicial *a quo*, lo que desconoce el régimen legal y los límites constitucionales (STC 72/2024) de la revocación de sentencias absolutorias. A ello se suma que la sentencia de apelación contiene una clara declaración de culpabilidad contraria al derecho a la presunción de inocencia. Considera asimismo concurrentes los motivos formulados con carácter subsidiario respecto de la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, esto es, la vulneración de los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y a una resolución motivada fundada en Derecho.

El análisis de las quejas comenzará por las dirigidas con carácter principal en la demanda a la sentencia de apelación porque su estimación procuraría la mayor tutela al demandante y haría innecesario pronunciarse sobre las atribuidas a la providencia que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones. Este mismo criterio determina que haya de valorarse en primer lugar si la revocación del pronunciamiento absolutorio se ajusta a las exigencias constitucionales y no incurre en vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del demandante. Solo en caso de rechazarse tales motivos, tendría sentido examinar las quejas de lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del principio de *non bis in idem* (arts. 24.2 y 25.1 CE) asociadas al alcance de la retroacción acordada (STC 1/2026, de 12 de enero, FJ 1).

2. Doctrina constitucional: alcance y límites de la revocación de sentencias penales absolutorias basadas en la apreciación de duda razonable (STC 72/2024)

La resolución impugnada en este proceso de amparo estima el recurso de apelación basado en el error en la valoración de la prueba (arts. 790.2 y 792.2 LECrim) que se plantea respecto de una sentencia de instancia que absuelve por insuficiencia de la prueba de cargo.

Como recientemente ha recordado la STC 1/2026, de 12 de enero, FJ 3, el Tribunal desarrolló y precisó en la STC 72/2024, FFJJ 4 y 6, la doctrina sobre los límites constitucionales –no solo legales– de la posibilidad de revocar absoluciones fundadas en la existencia de una duda razonable con base en la discrepancia sobre el juicio fáctico como supuesto de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación. Cabe ahora reiterar la síntesis que la STC 1/2026, FJ 3, hace de dicha doctrina:

“a) La manifiesta irrazonabilidad de las conclusiones probatorias que han llevado a la absolución constituye una vulneración de una de las garantías constitucionales esenciales de las partes acusadoras reconocidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Es posible cuestionar en segundo grado el juicio fáctico de una sentencia absolutoria alegando el motivo de existencia de error en la valoración de la prueba.

b) Ese motivo, no obstante, no permite que ‘se vuelvan a valorar las pruebas practicadas en el juicio oral de instancia para, de ellas, extraer una conclusión probatoria alternativa que confronte y pretenda sustituir la alcanzada en la instancia. Dada su naturaleza, la revisión que es posible en segundo grado no se refiere a las pruebas en sí mismas, sino a la sentencia recurrida, y a la fundamentación de su valoración’. En concreto, ‘las posibilidades efectivas de revocación de una sentencia absolutoria al amparo de este motivo de recurso se limitan constitucionalmente a un control de razonabilidad cuyo objeto puede extenderse: (i) a la motivación o justificación de la conclusión probatoria, cuando resulte ausente, insuficiente o apoyada en un error de hecho patente que derive de las actuaciones; (ii) a la utilización de reglas de inferencia fáctica contrarias a la lógica, el conocimiento científico o las máximas de experiencia; (iii) a la omisión de razonamiento sobre pruebas practicadas que sean relevantes para el fallo; o finalmente (iv) a la previa decisión de excluirlas del acervo probatorio por considerarlas inválidas (contrarias a los principios de igualdad de armas y contradicción) o ilegítimas (por haberse declarado que fueron obtenidas como consecuencia de la vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales sustantivos)’.

c) En consonancia con tal ámbito de revisión, para desarrollar la tarea de control de la racionalidad y suficiencia de la decisión absolutoria, ‘el juez de segundo grado debe acudir a la sentencia y no a las pruebas: el vicio de justificación que posibilita la anulación de la sentencia absolutoria con fundamento en una eventual vulneración de la interdicción de la arbitrariedad como garantía constitucional esencial de las acusaciones reconocida en el art. 24.1 CE, debe emerger del texto de la decisión, confrontado con el desarrollo del juicio y la prueba documental que a él ha accedido, que siempre puede ser tomada en consideración a estos efectos (STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4). Todo ello sin perjuicio de que las omisiones valorativas probatoriamente relevantes denunciadas por la acusación sean verificadas por el órgano revisor, en todo caso, sin prejuzgar el resultado de un nuevo enjuiciamiento. El control que es posible en apelación para controvertir el juicio fáctico de una sentencia absolutoria no consiente el acceso a las fuentes de prueba para reevaluarlas dado que, en nuestro modelo de revisión sería contrario a las garantías del juicio justo, que no permiten en ese contexto impugnatorio de las acusaciones una valoración alternativa de las inferencias fácticas ni una reconstrucción del hecho probado’”.

Por otro lado, según subraya también la STC 1/2026, FJ 3, “la doctrina fijada en la STC 72/2024 se completa con sus pronunciamientos sobre la lesión del derecho a la presunción de inocencia que supone cuestionar la afirmación de duda razonable con una base distinta a su irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente aun cuando solo se revoque la decisión absolutoria y no se condene. Así sucede cuando ‘el razonamiento que lleva a la revocación de la absolución, mediante una valoración alternativa de la prueba practicada en la instancia, supone de hecho un cuestionamiento directo de la justificación de la duda razonable sobre los hechos expresada motivadamente por la juez de instancia’ (FJ 6). En tanto que vulneración del derecho a la presunción de inocencia, expresa ‘un juicio contrario al art. 24.2CE, que, por ello, deviene insubsanablemente nulo’, no ‘un mero quebrantamiento de forma que haya de subsanarse’ (FJ 7)”.

3. Enjuiciamiento de las quejas vinculadas a la revocación del pronunciamiento absolutorio: estimación del recurso de amparo y efectos

El recurrente sostiene que la Audiencia Provincial vulneró sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia cuando revocó la absolución con base en la discrepancia con la valoración de la prueba, esencialmente prueba personal, que había

efectuado la juzgadora de instancia. Por tanto, sin apreciar que dicha valoración de sentido absolutorio fuera manifiestamente irrazonable, presupuesto, según la doctrina constitucional y el régimen legal, para acordar la nulidad de la sentencia instada por la acusación al entender infringido su derecho a una resolución fundada.

La aplicación de la doctrina reseñada en el fundamento anterior permite apreciar la doble vulneración denunciada en la demanda a la luz del razonamiento del tribunal *a quo*, el motivo de impugnación planteado en el recurso de apelación y los argumentos del tribunal *ad quem* para revocar el fallo absolutorio.

Sin perjuicio de remitir a la amplia exposición de estos extremos en los antecedentes, cabe recordar que la jueza de lo penal absolvió al demandante tras examinar la prueba, esencialmente testifical y pericial, al considerar que no era suficiente para afirmar la hipótesis acusatoria. En particular, valoró la declaración de la víctima menor, en cuyo relato apreciaba variaciones entre la denuncia y el testimonio del plenario, y constataba la falta de corroboración periférica que permitiera disipar las dudas sobre lo realmente sucedido. Formulado recurso de apelación por la acusación, que interesó la nulidad del pronunciamiento absolutorio por considerar que la resolución vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva por asentarse en una motivación absurda, irracional y contraria a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, la Audiencia provincial estimó el motivo con base en los arts. 790.2 y 792 LECrim –error en la valoración de la prueba–. La sala refiere que, si bien “la juzgadora de instancia ha hecho una valoración detallada de la prueba y con la debida motivación”, no la comparte y “discrepa de la valoración de la juez *a quo* de las periciales y del testimonio de la víctima”. Al hilo de la decisión de nulidad acordó la repetición del juicio, pero ante otro juez, por cuanto “con el mismo sustrato probatorio no respondería a la lógica más elemental que cambie su valoración”.

Estas consideraciones muestran ya que el tribunal de apelación ha desbordado los límites constitucionales de la revocación de sentencias absolutorias, que excluye del ámbito de la revisión la reevaluación de las fuentes de prueba y descarta la mera valoración alternativa de los medios de prueba como razón de la decisión. No es solo que la sentencia de apelación no concluya en la falta de motivación o en la irrazonabilidad de la argumentación de la sentencia absolutoria -presupuesto de la posible anulación-, sino que reconoce expresamente que contenía

una motivación detallada sobre el resultado de las pruebas, pero aduce que no la comparte y funda la revocación en su propia valoración de la prueba.

Abunda en tal conclusión las apreciaciones de la sentencia impugnada sobre la declaración de la víctima, que reevalúa íntegramente -en sus diversas expresiones, denuncia y testimonio en el juicio, en sus móviles y tiempos- para concluir que es fiable. Lo que revela una valoración diversa de la prueba y no un examen de la razonabilidad de la efectuada por el órgano de primera instancia, que en momento alguno se tacha de arbitraria o irracional. Del mismo modo, la sentencia revocatoria analiza la prueba pericial, rechaza que merezca más crédito el informe de la defensa, y llega a considerar como elemento de corroboración los informes del médico forense y de la psicóloga clínica aportados por la acusación.

La argumentación de la sentencia de apelación en absoluto se limita a un examen externo de razonabilidad de la sentencia absolutoria, sino que lleva a cabo un análisis exhaustivo y una nueva valoración de los distintos medios de prueba, sin haber descalificado las conclusiones de la juzgadora como ilógicas o arbitrarias. De modo que la revocación se asienta en una revaloración de la prueba que rebasa el ámbito de control que corresponde al juez de segundo grado cuando se cuestiona el juicio fáctico de un pronunciamiento absolutorio, que se ciñe al examen sobre la existencia, suficiencia y racionalidad de la valoración probatoria en que el juez de primera instancia ha fundado la decisión. Frente a estos límites constitucionales, la Audiencia Provincial valora la prueba en un sentido incriminatorio para afirmar la hipótesis fáctica de la acusación hasta el punto de declarar que su propia valoración del material probatorio requiere de la repetición del juicio ante un juez distinto.

La sentencia impugnada no respeta el canon constitucional sobre el control y revocación de la sentencia absolutoria, esto es, la manifiesta irrazonabilidad de las conclusiones probatorias -que supondría la quiebra de una garantía esencial de la acusación-, por lo que la decisión anulatoria vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo. De otro lado, en la medida en que la sentencia de apelación se basa en una valoración distinta de la prueba que cuestiona la justificación de la duda razonable sobre los hechos expresada motivadamente por la juez de instancia, incurre asimismo en vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

De conformidad con lo sentado en la STC 72/2024, FJ 7, la estimación de este motivo tiene como efecto la anulación de la sentencia de 20 de septiembre de 2023 y de la providencia de 26 de octubre de 2023, resoluciones ambas dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de apelación 161-2023), así como la declaración de firmeza de la sentencia de 22 de mayo de 2023 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Barcelona (procedimiento abreviado núm. 158-2023) que acordó la absolución del demandante. No es preciso, por tanto, entrar a examinar el resto de vulneraciones formuladas en la demanda de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don Oswaldo Vivas Aregall y, en su virtud:

1º Declarar vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 20 de septiembre de 2023 y de la providencia de 26 de octubre de 2023 dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de apelación 161-2023), así como la firmeza de la sentencia de 22 de mayo de 2023 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Barcelona (procedimiento abreviado núm. 158-2023).

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintisiete de abril de dos mil veintiséis.