

O novo sistema de recursos no ámbito penal



& *Resumo/Abstract: O procedemento penal está tremendamente anticuado. A xurisprudencia do Tribunal Supremo e a doutrina do Tribunal Constitucional tratan de axustar as súas liñas ao disposto na Constitución española e nos compromisos internacionais. Tal situación tamén lle afecta ao sistema de recursos, que precisa importantes modificacións tomando en consideración o seu obxecto e os seus límites. Trátase de non repetir recursos sen un fundamento propio e de establecelos medindo os seus límites en canto á revisión da proba e a alteración dos feitos probados. Isto implica unha decisión para definiilos como recursos sobre o feito ou sobre o dereito e, en función disto, a necesidade ou non de repetir a proba. &*

& *Palabras clave: Dobre instancia, revisión dos feitos, revisión do dereito, repetición da proba*

1. INTRODUCCIÓN

Aínda que historicamente os recursos foron establecidos como un medio de control respecto dos tribunais, o certo é que hoxe en día os recursos configúranse como un sistema de garantir os dereitos da cidadanía e o acerto nas decisións xudiciais. Por iso, e sempre mirándoo desde esta óptica, é evidente que un sistema penal de axuizamento debe contar coa posibilidade de que se poida recorrer contra as decisións. Agora ben, de nada serve o establecemento dos recursos sen que todo o sistema responda a unha función; máis ben ao contrario, os recursos teñen que formar unha unidade harmónica que teña un sentido de conxunto. Noutras palabras, non ten ningún sentido nin responde a ningunha finalidade o establecer recurso tras recurso sen ningunha diferenza entre eles. Cada recurso debe ter un sentido e unha finalidade característicos, de forma que se dote o conxunto dunha harmonía lóxica.

Noutras palabras, os obxectos dos recursos teñen que ser diferentes. Un recurso pode ter por obxecto o reexame dos feitos e outro o reexame do Dereito aplicado. O que carece de sentido é, por exemplo, dous recursos —un tras outro— no que ambos teñan o mesmo obxecto: o Dereito aplicado. Por iso, cando se fala da apelación e a casación, cómpre definir cales van ser os obxectos destes recursos: se van versar sobre o feito ou sobre o Dereito; e, desde logo, organízalos de forma que sexan diferentes.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS DOS RECURSOS

2.1. Notas características

O que nos interesa coñecer dun recurso ordinario (é dicir, que non ataca a cousa xulgada) son os seguintes aspectos:

- Capacidade de alteración do feito probado (probas en segunda instancia e inmediateción).
- Vista oral.
- Presenza ou ausencia do recorrente.
- Publicidade.

Evidentemente estas características están entrelazadas. Por exemplo, se non cabe alterar o feito probado e unicamente se trata dunha discusión con respecto ao Dereito aplicado, o recurso pode ser escrito, sen vista, sen recorrente presente e cunha publicidade limitada. Non obstante, esta característica, é dicir, unha publicidade restrinxida, é admisible aínda que máis recomendable é que exista unha publicidade plena; isto implica que todos os recursos sexan realizados con vista pública.

Aquí soamente nos referimos á primeira cuestión¹, ou sexa, á capacidade de alteración do feito probado.

Adoita interpretarse que o actual recurso de apelación está estruturado como un recurso de plena *cognitio*. Isto significa que o tribunal de apelación pode modificar o feito probado e, por iso, revogar unha sentenza absolutoria e substituíla por unha sentenza condenatoria². Esta situación é disparatada, posto que o tribunal de apelación está condenando fundándose en probas que non viu nin oíu. En realidade, nin hai inmediateción nin oralidade (aínda que haxa vista oral), pois o único que se ten en conta é a translación escrita das probas á acta do xuízo oral.

O Tribunal Constitucional *de xeito equivocado* mantivo con certa reiteración (así, STC, 43/1997, do 10 de marzo; STC, 172/1997, do 14 de outubro; e, STC, 120/1999, do 28 de xuño) que cando na segunda instancia non se realizaron novas probas, non hai ningún reparo en que a resolución da apelación, a partir dunha discrepante valoración da proba, chegue a unha conclusión distinta á da primeira instancia, pois «o xuíz *ad quem*, tanto polo que respecta á subsunción dos feitos na norma, como polo que se refire á determinación de tales feitos a través da valoración da proba, está en idéntica situación que o xuíz *a quo* e, en consecuencia, pode valorar as probas realizadas en primeira instancia, así como examinar e corrixir a ponderación levada a cabo polo xuíz *a quo*». Esta solución supoñía un abandono dos principios de inmediación, oralidade e publicidade. Era unha solución incompatible cos criterios do xuízo xusto que elabora o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH), non obstante, foi seguida durante bastante tempo polo noso Tribunal Constitucional. Agora ben, a postura era tan indefendible que o Tribunal Constitucional tivo que rectificar a súa doutrina.

En efecto, o Tribunal Constitucional *rectificou a súa doutrina* na STC, 167/2002, do 18 de setembro. Esta sentenza foi consecuencia de que se avocara o coñecemento do recurso ao Pleno do Tribunal Constitucional para que este rectificase a posición anteriormente mantida. Por conseguinte, esta sentenza modifica completamente a doutrina do Tribunal Constitucional ao respecto e considera que é necesario manter unha solución acorde co principio de inmediación.

Sinala esta sentenza, seguindo a doutrina do TEDH, que «cando o tribunal de apelación ten que coñecer tanto de cuestións de feito como de Dereito, e en especial cando ten que estudar no seu conxunto a culpabilidade ou inocencia do acusado, o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos entendeu que a apelación non se pode resolver nun proceso xusto sen un exame directo e persoal do acusado que negue que cometeu a infracción considerada punible, de modo que en tales casos o novo exame polo tribunal de apelación da declaración de culpabilidade do acusado esixe unha nova e total audiencia en presenza do acusado e dos demais interesados ou partes adversas (SSTEDH do 26 de maio de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia, § 32—; 29 de outubro de 1991 —caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 e 39—; 29 de outubro de 1991 —caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28—; 29 de outubro de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 32). Neste sentido o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos declarou máis recentemente na súa sentenza do 27 de xuño de 2000 —caso Constantinescu contra Romanía, §§ 54 e 55, 58 e 59— que cando a instancia de apelación está chamada a coñecer dun asunto nos seus aspectos de feito e de Dereito e a estudar no seu conxunto a cuestión da culpabilidade ou inocencia do acusado, non pode, por motivos de equidade do proceso, decidir esas cuestións sen a apreciación dos testemuños presentados en persoa polo propio acusado que sostén que non cometeu a acción considerada infracción penal, precisando nese suposto que, tras o pronunciamento absolutorio en primeira instancia, o acusado debía ser oído polo tribunal de apelación especialmente, dado que foi o primeiro en condenalo no marco dun procedemento dirixido a resolver sobre unha acusación en materia penal. Doutrina que reitera na sentenza do 25 de xuño do 2000 —caso Tierce e outros contra San Mariño, §§ 94, 95 e 96—, na que exclúe que a ausencia de feitos novos sexa suficiente para xustificar a excepción á necesidade de debates públicos en apelación en presenza do acusado, debendo terse en conta ante todo a natureza das cuestións sometidas ao xuíz de apelación».

Por tal razón, ao centrarse no caso concreto, o Tribunal Constitucional decide que «debe prosperar a queixa dos recorrentes, pois débese considerar que resultou vulnerado o dereito

a un proceso con todas as garantías, ao ter procedido a Audiencia Provincial a revisar e corrixir a valoración e ponderación que o xulgado do Penal efectuara das declaracións dos recorrentes en amparo, sen respectar os principios de inmediación e contradición.

O recurso de apelación no procedemento penal abreviado, tal e como aparece configurado no noso ordenamento, outórgalle plenas facultades ou plena xurisdición ao tribunal ad quem para resolver cantas cuestións se formulen, sexan de feito ou de Dereito. O seu carácter, reiteradamente proclamado por este tribunal, de novum iudicium, co chamado efecto devolutivo, implica que o xulgador ad quem asuma a plena xurisdición sobre o caso, en idéntica situación có xuíz a quo, non só polo que respecta á subsunción dos feitos na norma, senón tamén para a determinación de tales feitos a través da valoración da proba, podendo revisar e corrixir a ponderación levada a cabo polo xuíz a quo (por todas, SSTC 172/1997, do 14 de outubro, FJ 4; 120/1999, do 28 de xuño, FFJJ 3 e 5; ATC 220/1999, do 20 de setembro). Pero no exercicio das facultades que o art. 795 LAC lle outorga ao tribunal ad quem deben respectarse en todo caso as garantías constitucionais establecidas no art. 24.2 CE».

Esta nova doutrina xa se consolidou en diversas sentenzas posteriores (así, por exemplo, STC, 170/2005, do 20 de xuño; STC, 178/2005, do 4 de xullo; STC, 186/2005, do 4 de xullo; STC, 199/2005, do 18 de xullo; STC, 202/2005, do 18 de xullo; STC, 203/2005, do 18 de xullo; e, STC, 208/2005, do 18 de xullo). Reiterando esta doutrina a STC, 338/2005, do 20 de decembro, afirma que «resulta contrario a un proceso con todas as garantías que un órgano xudicial, coñecendo en vía de recurso, condene a quen fora absolto na instancia como consecuencia dunha nova fixación dos feitos probados que encontre a súa orixe na reconsideración de probas cuxa correcta e adecuada apreciación esixa necesariamente que se leven a cabo en presenza do órgano xudicial que as valora. Corolario do anterior será que a determinación de en qué supostos se produciu vulneración do dereito fundamental a un proceso con todas as garantías (cristalizado agora na garantía de inmediación) é eminentemente circunstancial, pois o decisivo é se a condena de quen fora absolto na instancia trae causa en primeiro lugar dunha alteración substancial dos feitos probados e, de ser así, se tal apreciación probatoria en contra fundamento nunha nova reconsideración de medios probatorios cuxa correcta e adecuada apreciación esixe a inmediación; é dicir, que sexa o órgano xudicial que as valora o órgano ante quen se realizan. Contrariamente non caberá entender vulnerado o principio de inmediación cando, por utilizar unha proposición comprensiva de toda unha idea, o órgano de apelación non pronuncie a súa sentenza condenatoria a base de substituír o órgano de instancia en aspectos da valoración da proba nos que este se encontra en mellor posición para o correcto axuizamento dos feitos sobre os que se funda a condena, debido a que a execución de tales probas se realizou na súa presenza».

E, pretendendo deixar claro os supostos nos que non hai vulneración de dereitos por ditar en segunda instancia unha sentenza condenatoria cando na primeira instancia fora absoluta, esta mesma sentenza do Tribunal Constitucional sinala que «non caberá efectuar ningún reproche constitucional cando a condena pronunciada en apelación (tanto se o apelado fose absolto na instancia como se a sentenza de apelación empeora a súa situación) non altera o substrato fáctico sobre o que se asenta a sentenza do órgano a quo, ou cando, a pesar de darse tal alteración, esta non resulta da análise de medios probatorios que esixan presenciar a súa realización para a súa valoración ou, finalmente, cando o órgano de apelación se separe do pronunciamento fáctico do xuíz de instancia por non compartir o proceso

dedutivo empregado a partir de feitos base tidos por acreditados na sentenza de instancia e non alterados na de apelación, pero a partir dos cales o órgano ad quem deduce outras conclusións distintas ás acadadas polo órgano de instancia, pois este proceso dedutivo, na medida en que se basea en regras de experiencia non dependentes da intermediación, é plenamente fiscalizable polos órganos que coñecen en vía de recurso sen redución de garantías constitucionais». Esta formulación en termos xerais é correcta, non obstante, será preciso que o Tribunal Constitucional matice o suposto consistente na alteración dos feitos probados cando a devandita alteración non resulta da análise de medios probatorios que esixan presenza a súa realización para a súa valoración, pois parece un suposto de mestura de valoracións probatorias e tal caso é sumamente probable que non sexa aceptable. Ademais, subsiste o problema de que o tribunal de apelación condena sen ter oído o acusado; é máis, sen que este estivese presente.

Sorprendentemente, aínda hoxe en día xorden voces que consideran absurdo o principio de intermediación e que avogan pola súa desaparición, considerando que a plasmación escrita da declaración permite a valoración da proba con igual fiabilidade que se o tribunal «vise» e «oíse» directamente o declarante. Evidentemente, esta formulación supón unha volta á práctica procesual da época da Inquisición e un desprezo pola importancia da proba directa e do principio de publicidade (un procedemento escrito é un procedemento secreto, sen publicidade). A cuestión non parece precisar agora dun maior desenvolvemento, polo que partimos de que a proba ten que ser valorada por aquel ante quen se desenvolve e esta operación ten que levarse a cabo con publicidade. Por conseguinte, partimos da defensa do principio de intermediación³.

Esta é, sen dúbida, como dixemos, a posición defendida polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. Así, por exemplo, entre outras sentenzas⁴, no caso *Sigurthor Arnasson* contra Islandia⁵, a cuestión centrouse en que o Tribunal Supremo (o mesmo ocorrería se fose un tribunal de apelación, posto que o dito tribunal entrou en cuestións fácticas) islandés ante un recurso contra unha sentenza absolutoria, sen oír o absolto na instancia e sen escoitar directamente as testemuñas, revogou a sentenza impugnada e condenouno. A sentenza do Tribunal Supremo islandés baseábase «nas transcricións que da proba oral se realizaran ante o Tribunal de Distrito e os documentos que constituía o procedemento ante aquel, como os informes da policía relativos ao incidente, as declaracións das testemuñas dadas á policía na fase de investigación, o informe de autopsia e os resultados do exame médico do falecido ao igual cós informes médicos do demandante, as fotografías do demandante, do coimputado e doutras cinco persoas que estaban envoltas na pelexa e que máis tarde foron testemuñas no caso, fotografías dos zapatos do demandante na noite dos feitos e fotografías e debuxos do establecemento onde tivo lugar a pelexa, ademais doutros varios documentos tales como os antecedentes penais do demandante». Ante iso, o TEDH sinala que «as cuestións sobre as que tiña que pronunciarse o Tribunal Supremo islandés para decidir a responsabilidade criminal do demandante eran predominantemente de natureza fáctica. Dificilmente pode admitirse que tales cuestións sexan sinxelas». Polo que, tendo en conta que «ao decidir en sentenza o Tribunal Supremo, non gozaba da situación privilexiada do tribunal inferior que si oíra directamente o demandante (...) este tribunal non considera que as cuestións sobre as que tiña que resolver o Tribunal Supremo para declaralo culpable e condenalo —casando así a sentenza do Tribunal de Distrito— puidesen ser examinadas, no tocante a un xuízo xusto, sen unha apreciación directa da declaración do demandante e dalgunhas testemuñas».

Se, en consecuencia, ao recurso de apelación lle negamos a posibilidade de alterar o feito probado por falta de intermediación coa proba, o cal é o único correcto, entón, que diferenza existe co recurso de casación? Ambos son recursos que non tocan o feito e o seu obxecto é a aplicación do Dereito (a cuestión da ordenación do recurso en motivos é simplemente unha cuestión da súa estrutura formal que carece de importancia). En definitiva, ambos recursos son idénticos estrutural e funcionalmente.

A consideración do recurso de apelación como un recurso de plena *cognitio* non é aceptable no marco do que se denomina un xuízo xusto, pois a apelación así entendida rompeu cos cimentos mesmos do proceso: a sentenza que importa é a de apelación e esta implica unha condena con base en probas non vistas e unha lectura do dito que foi trasladado por escrito. De xeito que cómpre repensar a apelación centrándose en se mediante ela vai ser posible alterar os feitos probados.

A capacidade para redactar os feitos probados está en función de ter visto (e oído) a proba, o que implica intermediación. Así pois, en principio, o único tribunal que a ten é o do xuízo. Isto supón que calquera recurso ten que ser indefectiblemente un recurso sobre o Dereito (e non sobre o feito).

De maneira que se o recurso de Dereito o denominamos recurso de casación, e ao que existe previamente lle chamamos recurso de apelación, este, polas razóns indicadas sobre a intermediación coa proba, debe consistir na repetición total da proba, para que así poida ser un recurso sobre o feito. Agora ben, se aquel é o modelo-tipo da casación e este o modelo-tipo da apelación, aínda quedan algunhas posibilidades intermedias, como unha casación ampliada ou unha apelación restrinxida, co que os modelos-tipos acérpanse e esvaécense as súas diferenzas⁶.

Con respecto a isto cabe pensar nas seguintes formas de organizar un recurso de apelación: a) un recurso pleno, de feito e de Dereito, sen realización de probas; b) un recurso limitado con nova proba que non puido realizarse en primeira instancia; c) un recurso pleno, de feito e de Dereito, con repetición completa do xuízo (sen prexuízo das estipulacións entre a acusación e a defensa); e, d) un recurso limitado a cuestións de Dereito.

Vexamos estas distintas posibilidades:

- Opción a): é inadmisíble, xa que ao tribunal de apelación fáltalle a intermediación coa proba. Sobre esta cuestión non é mester insistir máis.
- Opción b): esta opción consiste nun recurso cuxo obxecto, por regra xeral, son as cuestións de dereito sen poder alterar o feito probado, aínda que excepcionalmente se permite que haxa nova proba.

A amplitude desta posibilidade de nova proba proporcionaranos o grao de amplitude que se lle concede ao recurso. Pode permitirse que se realice só *nova* proba: a que foi indebidamente denegada ou a que por causas alleas á parte que a propón non se puido levar a cabo. Ou ben, tamén cabe que se admita a *repetición* dalgunha proba xa realizada.

Esta opción imos denominala *recurso de apelación restrinxido*.

O problema que presenta esta opción é o relativo á súa capacidade de alterar o feito probado. Evidentemente, se se articula para que no recurso poida existir proba (sobre os feitos) correlativamente debe aceptarse que, se é o caso, se vai poder alterar o feito probado. Pero, o problema xorde por canto o tribunal de apelación só pode valorar a proba realizada ante el e non pode levar a cabo unha «mestura», valorando unhas e outras, xa que a valoración das de primeira instancia correspóndelle ao tribunal ante

quen se produciron, é dicir, o de instancia. En realidade, pódese dicir que no recurso só podería ter efectividade unha proba absolutamente contundente que por si soa fose suficiente para desbaratar o feito probado. Isto é, un suposto parecido ao actual art. 849.2 LAC, que non sen razón se centra precisamente nunha proba documental. Por isto, dixemos que esta opción, así formulada, en realidade era por regra xeral un recurso sobre o Dereito.

- Opción c): esta opción é respectuosa co principio de inmediación, porque ante o tribunal de apelación repítese por enteiro o xuízo; por iso, é un tribunal que examina tanto o feito como o Dereito.

Criticamente, Roxin⁷ di que en realidade non se trata dunha segunda instancia, senón dunha segunda primeira instancia. Este recurso, que é o que en termos xerais rexe en Alemaña, é obxecto de duras críticas. Principalmente: 1) porque a maior distancia co feito fai que se escurezcan as probas e sexa máis difícil atopar a verdade; e, 2) porque como vai haber unha segunda instancia na que se repite todo, os xuíces da 1ª instancia non se preocupan especialmente do xuízo e son máis superficiais⁸. Con todo, tamén ten os seus defensores⁹.

- Opción d): aquí trátase de configurar o recurso plenamente centrado nas cuestións de Dereito. Desde logo, é respectuoso co principio de inmediación, porque a valoración da proba é a de primeira instancia, e, por conseguinte, o feito probado non pode ser alterado. Aquí o tribunal de apelación controla o Dereito e todos aqueles aspectos que non están ligados á inmediación, así, as ausencias e denegacións de proba e o control externo do razoamento realizado na primeira instancia.

O problema que presenta esta opción (como algunha outra) é a de diferenciar este recurso do de casación; ambos son recursos cuxo obxecto é o mesmo, exclusivamente o control do Dereito. E, se se trata de dous recursos idénticos, por que dous? A resposta intentaremos dala ao tratar o recurso de casación.

2.2. Doutrina do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos

Convén que nos deteñamos un momento e recollamos sucintamente as conclusións que, tal vez como regras, se derivan da doutrina do TEDH expresada en diversas sentenzas:

1. A existencia dun recurso ante unha instancia xudicial superior á que coñeceu o asunto en primeira instancia, é, hoxe en día, imprescindible.
Á marxe disto, débese lembrar que España ten asinado un tratado internacional que a obriga a establecer o sistema de dobre instancia ou, polo menos, de dobre exame (sobre esta cuestión non é preciso entrar agora)¹⁰.
2. No caso de que o Estado parte no convenio estableza a dobre instancia, daquela o procedemento no seu conxunto debe cumprir coas garantías do artigo 6 do convenio.
3. A primeira instancia ten que realizarse mediante vista pública.
4. A segunda instancia ten que realizarse mediante vista pública, aínda que caben excepcións ou matizacións:
 - a) É admisible un trámite previo que filtre a posibilidade do recurso de apelación, en cuxo caso tal trámite non require vista pública e pode realizarse mediante conclusións escritas.
 - b) Cando o recurso se restrinxe aos fundamentos xurídicos e non ao exame dos feitos, a cuestión pode ser resolta por escrito sen vista pública. Agás cando a sentenza que

resolva o recurso condena o recorrido, xa que, en tal caso sería esixible a presenza do acusado e que fose oído, e iso implica unha vista pública.

5. O exame dos feitos require intermediación entre o xulgador e as probas e, por iso, cando o recurso abarca o seu coñecemento debe, en todo caso, establecerse, mediante vista pública, unha nova e total audiencia.

6. O recurso de casación circunscrito ás cuestións de Dereito non precisa da vista pública nin de que o acusado compareza persoalmente e sexa oído polo tribunal. Non obstante, a vista pública supón unha maior garantía con respecto á defensa dos dereitos fundamentais.

O exame dos feitos parece que esixe seguir a técnica do reenvío.

2.3. A Lei de axuizamento criminal

A LAC orixinal non prevía ningún recurso de apelación contra sentenzas (agás no caso das faltas). O que foi introducido, posteriormente, contra sentenzas en delitos menos graves realmente nada dicía sobre a capacidade do tribunal *ad quem* de alterar o feito probado, pero, non obstante, sen ningunha razón, sempre foi entendido como un recurso de plena xurisdición que abarcaba tanto o feito como o Dereito. Xa dixemos que esta solución é inaceptable.

Na actualidade, cabe interpoñer recurso de apelación contra sentenzas:

1. No procedemento abreviado (art. 790 LAC):

- Sentenzas ditadas polo xuíz do Penal: apelables ante a Audiencia Provincial.
- Sentenzas ditadas polo xuíz central do Penal: apelables ante a Sala do Penal da Audiencia Nacional.

2. No axuizamento rápido (art. 803 LAC):

- Sentenzas ditadas polo xuíz do Penal: igual que no suposto anterior, é dicir, conforme ao establecido nos art. 790 e ss. LAC.

3. No xuízo por xurado [art. 846 bis a) LAC]:

- Sentenzas ditadas polo maxistrado presidente do tribunal do xurado (no ámbito da Audiencia Provincial): apelables ante a Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza.

4. No xuízo de faltas (art. 976 LAC):

- Sentenzas ditadas polo xuíz de Instrución: apelables ante a Audiencia Provincial conforme ao establecido nos art. 790 e ss. LAC.

A isto debemos engadir que a LOPX tamén establece que no caso dos xuízos de faltas, se a sentenza a dita o xuíz de Paz cabe recurso de apelación ante o Xulgado de Primeira Instancia e Instrución ou ante o Xulgado de Instrución (art. 87.1.e), e que se a sentenza a dita un xuíz de Violencia sobre a muller o recurso de apelación pódese interpoñer ante a Audiencia Provincial (art. 82.1.4º).

2.4. A futura reforma

Vexamos sucintamente a futura reforma que recolle o Proxecto de Lei orgánica pola que se adapta a lexislación procesual á Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, refórmase o recurso de casación e xeneralízase a dobre instancia penal (publicado no BOCG, serie A, 27 de xaneiro do 2006, núm. 69-1).

Recursos

En relación coas sentenzas, en termos xerais, establécese un recurso de apelación ante a Audiencia Provincial (cando o órgano *a quo* é o xuíz do Penal) e ante os tribunais superiores de xustiza (cando o órgano *a quo* é a Audiencia Provincial, tanto que se trate de procedemento abreviado como de procedemento ordinario). Cando é a Audiencia Nacional os recursos coñeceraos a Sala do Penal da Audiencia Nacional ou a Sala de Apelación da Audiencia Nacional, segundo os casos.

Realización de proba

No que agora interesa, ou sexa, respecto da realización de proba en segunda instancia, é preciso distinguir dous supostos: a realización de novas probas e a reprodución da xa realizada.

En canto ás novas probas, só caben as que versen sobre feitos novos, as que non se puideron propoñer na primeira instancia, as propostas que foron indebidamente denegadas e as admitidas que non foron realizadas por causas que non sexan imputables á parte que o solicita.

En relación coas probas xa realizadas, o recorrente pode solicitar a reprodución da gravación da proba realizada (a que especialmente lle interese) na primeira instancia.

En definitiva, trátase dun *recurso de apelación restrinxido*, con escasas posibilidades de realización de proba en segunda instancia e que, en consecuencia, terá como obxecto o control da aplicación do Dereito. E, en relación cos feitos, unicamente poderá controlar aqueles aspectos que non dependen da inmediación, como por exemplo: o razoamento lóxico da sentenza, a validez das probas (que non fosen ilegalmente obtidas), a súa suficiencia (isto é discutible e discutido), ademais dos aspectos que se engloban baixo a denominación de «quebrantamentos de forma».

Xa que logo, pártese do respecto á inmediación e con iso á idea de que só é posible controlar os aspectos externos ou periféricos da valoración da proba, pois esta, en si mesma, non é revisable, senón que só é repetible.

A solución acollida é correcta en canto que, como dixemos, se respecta a inmediación¹¹. Non obstante, máis discutible é aquel aspecto no que se deixa unha porta aberta, tanto para a realización de nova proba como en canto á proba xa realizada. A realización de nova proba, como dixemos, leva consigo os problemas derivados da mestura da valoración da nova xunto coa valoración da xa realizada en primeira instancia, o cal só será admisible se se interpreta na forma restritiva a que antes aludimos. En relación coas posibilidades arbitradas con respecto ás xa realizadas, os problemas preséntanse con respecto á posibilidade de visionar a proba realizada.

Cabe pensar que se esta posibilidade se introduce na lei é porque se pensa que, mediante esta práctica, poderá volverse valorar a declaración das testemuñas ou o informe pericial e, en consecuencia, alterarse o feito probado. Non obstante, esta interpretación ten que tomarse con certa reserva, pois, non é o mesmo recibir unha declaración (interactiva) que vela nun televisor unha vez conclusa. Por isto, Schünemann¹² fai fincapé na desvantaxe do xuíz de segunda instancia que non está en condicións de lle poder facer á testemuña preguntas adicionais ou críticas; sinala que é importante que a parte indique cales eran as preguntas decisivas ou que non se lle fixeron as reservas precisas e que tal interrogatorio defectuoso impide outorgarlle forza probatoria á dita declaración; é o que este autor denomina «impugnación por non esgotarse o medio de proba na primeira instancia». Pero, claro, este autor

non pensa que o tribunal de segunda instancia que non viu nin oíu o resto da proba, poida coa soa visión da proba impugnada alterar o feito probado, senón que el menciona dúas solucións: que o xuíz da segunda instancia decida tomarlle declaración novamente á testemuña ou revogar a sentenza e remitir novamente a cuestión á instancia «para realizar unha completa produción da proba esgotando todos os medios existentes». A primeira solución, como xa dixemos, ten os problemas derivados da mestura de valoracións de proba (polo tribunal de instancia e o do recurso), pero a segunda solución é correcta e supón recoñecer que o tribunal dos feitos é o de primeira instancia e o recurso só pode exercer un certo control.

Ademais, non se debe esquecer que unha condena fundada na visión dun vídeo pode afectar ao principio de publicidade.

Non obstante, tamén se pode pensar, dada a defectuosa redacción, que o permitir na segunda instancia a visión da proba gravada ten como único obxecto o que o tribunal de apelación poida coñecer as probas realizadas na instancia só para os efectos de decidir sobre a súa suficiencia, cando ante el se alega o quebrantamento da presunción de inocencia. Noutras palabras, o visionado serviría para constatar as probas realizadas e a súa suficiencia; neste sentido, cumpre un papel equivalente á lectura da acta do xuízo oral. Esta interpretación, perfectamente admisible dada a redacción legal, leva a unha consecuencia, en principio correcta: o visionado non persegue que o tribunal de apelación valore a proba de instancia e condene con base nela, senón que a examine só para os efectos da súa suficiencia fronte ao dereito á presunción de inocencia. Dixemos que esta interpretación en principio era correcta, e só en principio, por canto subsiste a cuestión da valoración da proba realizada na instancia para os efectos da súa suficiencia e xa dixemos que esa posibilidade era, polo menos, discutible.

Agora ben, todo o sinalado non altera a conclusión que anteriormente indicamos: trátase dun recurso de apelación restrinxido.

Segunda instancia cando se produce unha condena en apelación?

A reforma non o prevé, pero, debe existir un sucesivo recurso de apelación en caso de condena na apelación? Que facer en caso de condena en segunda instancia? Trátase daqueles supostos nos que unha persoa foi absolta en primeira instancia e a sentenza é obxecto de recurso, de maneira que o tribunal de apelación revoga a sentenza e condena o acusado. Neste caso, debe existir unha nova instancia para revisar esta condena que realiza o tribunal de segunda instancia? Este é, en esencia, o caso examinado polo Comité de Dereitos Humanos no Ditame do 26 de agosto do 2005 (Comunicación 1095/2002), no que afirmou que «o art. 14 parágrafo 5 non só garante que o xuízo sexa visto ante un tribunal superior, como lle sucedeu ao autor neste caso, senón tamén que a condena sexa sometida a unha segunda revisión, o que para o autor non ocorreu neste caso. Aínda que unha persoa acusada en primeira instancia poida ser condenada en apelación polo tribunal superior, esta soa circunstancia non lle pode afectar ao dereito do acusado á revisión da súa condena e sentenza por un tribunal superior, se non existe reserva polo Estado parte», polo que o ditame conclúe considerando que existiu violación do art. 14 parágrafo 5 do Pacto.

Agora ben, convén lembrar que o Protocolo 7¹³ ao Convenio Europeo de Dereitos Humanos (CEDH), despois de establecer (art. 2) o dereito de toda persoa culpable ao reexame da declaración de culpabilidade ou da condena por un tribunal superior, sinala unha serie de excepcións a este reexame, como son: os casos nos que se trate de infraccións de carác-

ter menor definidas pola lei; os casos nos que o interesado fose xulgado en primeira instancia polo tribunal superior; e os casos nos que o interesado fose declarado culpable e condenado despois dun recurso contra a súa absolución.

3. O DESEÑO DUN NUEVO RECURSO ANTE O TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Formulación

Como dixemos, debemos atopar a razón ou o fundamento de cada recurso ou, se é o caso, da súa ausencia; tamén será preciso reparar no obxecto destes para poder observar ou supoñer o seu funcionamento.

O recurso de casación¹⁴ nace historicamente como unha consecuencia das ideas da Revolución francesa (mediante a lei do 27 de novembro-1º de decembro de 1790), fundado nunha razón puramente política¹⁵: a defensa da lei fronte ás alteracións que puidesen introducir nela os tribunais de xustiza. Dese xeito, con tal recurso o poder lexislativo protexía a lei fronte ao poder xudicial. Tanto era así que só podía recorrer o Ministerio Público.

Posteriormente aparecerán outras razóns de ser do recurso de casación que se foron asociando a este e foise perdendo a súa concepción orixinaria. Hoxe en día adoita dicirse que a cuestión céntrase en consideralo un recurso cuxo obxecto principal é lograr a uniformidade na aplicación do Dereito, ou ben como un recurso no que o que prima son os dereitos dos particulares no caso concreto. Tamén se defende unha postura que pretende aglutinar as dúas posicións, pois considera que co recurso de casación trátase de cumprir ambas finalidades; así, Boré¹⁶ centra as funcións do xuíz moderno de casación no «control da aplicación da lei, o control da interpretación e o control da motivación». Sobre estas diversas opcións referireime máis adiante.

O certo é que, premeditadamente ou non, o recurso de casación, e con el o Tribunal Supremo, foi afogándose nun marasmo de problemas insignificantes e nunha esgotadora xurisprudencia reiterativa, altamente inoperante, na que, desde logo, o único interese visible era a solución do caso concreto sen ningunha proxección de xeneralización, de abstracción e de futuro. O Tribunal Supremo foi, cada vez máis, transformándose nun tribunal ordinario que resolvía cuestións ordinarias e que se rodeaba dun complexo léxico formalista¹⁷. O Tribunal Supremo era unha instancia coma calquera outra e razoaba coma calquera tribunal de carácter ordinario.

Na actualidade, a cuestión non resiste máis nin pode degradarse o carácter de «Supremo» ao mero feito de recibir asuntos (os que o lexislador decida) das distintas partes do país. A reforma procesual xa prevé unha segunda instancia, polo que o Tribunal Supremo (e o medio de chegar a el: o recurso de casación) é, ou debe ser, outra cousa. Non podemos transformar o Tribunal Supremo nunha terceira instancia, idéntica á segunda. Non nos escudemos na cuestión nominalista! De nada serve dicir que nun caso se trata dun recurso de apelación e no outro dun recurso de casación, cando o seu obxecto é idéntico.

3.2. Características diferenciais

Como vimos, o novo recurso de apelación é un recurso de apelación restrinxido que principalmente terá por obxecto a aplicación do Dereito (e en moi escasa medida caberá proba

e, correlativamente, alteración do feito probado). Igual ocorre co recurso de casación, pois tamén é e será un recurso sobre o Dereito. Quere isto dicir que imos ter tres instancias, das cales dúas serán dedicadas a recursos idénticos? Evidentemente, é preciso encontrar unha forma de organizar o sistema de recursos para que este garde coherencia interna. A acumulación sucesiva de recursos idénticos carece de sentido.

Cal é a nota ou característica diferencial que debe recoñecérselle e outorgárselle ao recurso de casación? (O nome do recurso é indiferente. Procede de que é un recurso que casa ou anula a sentenza contra a que se recorreu e a reenvía. No sistema español non sempre existe o reenvío; pero o certo é que a mesma posibilidade de casar, isto é, de anular a sentenza, ten tanto un recurso de casación como un de apelación). A resposta é que é un recurso ante o Tribunal Supremo. Aí está a diferenza e dela débense extraer todas as consecuencias.

O art. 123.1 da Constitución establece que «o Tribunal Supremo, con xurisdición en toda España, é o órgano xurisdiccional superior en todas as ordes, salvo o disposto en materia de garantías constitucionais». Que consecuencias esixe o desenvolvemento deste precepto constitucional? Este precepto dinos que o Tribunal Supremo é o órgano supremo e superior en todas as ordes¹⁸. Isto implica que o lexislador non pode restrinxir a súa competencia. Dito doutra forma, podería o lexislador establecer, por exemplo, que a competencia no ámbito penal do Tribunal Supremo é o coñecemento de recursos respecto de sentenzas recaídas en materia de faltas, calquera que sexa o tribunal do Estado de que proceda? Poderíamos dicir que desa forma se cumpre con que o Tribunal Supremo sexa o órgano superior? Abonda con que algúns asuntos poidan proceder de todo o Estado? A resposta ten que ser que, sen dúbida, aí non radica a clave da cuestión. A clave está delimitada por dúas características: a) ser o tribunal que di a última palabra sobre o asunto; e, b) *poder selo* (poder ser tribunal) en todo tipo de asuntos. Aí se encontra o contido esencial do precepto constitucional. E ademais o lexislador non pode variar ao seu antollo o devandito contido. Pode o lexislador desapoderar de *facto* o Tribunal Supremo do seu carácter de superior en todas as ordes xurisdicionais, mediante a restrición do ámbito competencial do dito tribunal? Desde logo, a resposta ten que ser negativa. Na actualidade non é así, é dicir, o ámbito do recurso de casación non se encontra establecido sobre estas premisas, pero, no futuro recurso de casación (o recurso ante o Tribunal Supremo) será preciso partir delas.

Así pois, lembremos que o sistema de axuízamento penal debe estruturarse sobre dúas instancias: unha de xuízo e outra de recurso (a reforma da instrución xa a trataremos noutra ocasión). Aí remata o sistema penal, e á marxe, e con outra visión diferente, está o recurso ante o Tribunal Supremo.

Deixando a un lado a característica relativa a que as súas sentenzas son firmes, pois contra elas non cabe outro recurso (deixemos agora a delimitación fronte aos recursos de amparo), temos xa unha cuestión importante: que o seu ámbito ten que ser total, é dicir, calquera cuestión de carácter penal que rematase por sentenza (agora non entramos na cuestión dos autos) e respecto da que xa non caiba recurso deberá poder ser susceptible de ser examinada polo Tribunal Supremo.

Xunto a isto, temos que admitir que tal premisa implica *necesariamente* outra: é necesario aceptar que o Tribunal Supremo non pode dar resposta a todo.

Así pois, ao meu xuízo, o recurso en materia penal ante o Tribunal Supremo debe delimitarse conforme ás seguintes características: a) é un recurso de Dereito; é dicir, o seu exame abarca todo o que non sexa consecuencia da intermediación; b) o seu ámbito é completo; é

dicir, o seu ámbito competencial só se restrinxe pola materia (ámbito penal) e porque se trate de sentenzas respecto das que xa non cabe recurso. O recurso pode ser interposto contra calquera sentenza (que reúna esas circunstancias) ditada por calquera tribunal do Estado e calquera que sexa o problema que se formule. Desde este punto de vista, o recurso non é necesario que se encadre en falsas clasificacións de quebrantamento de forma ou infracción de lei, nin en vías impugnatorias distintas¹⁹.

Aceptando as características indicadas, todo o demais que sexa preciso desenvolver ten que axustarse a elas. Isto significa, entre outras cosas, que se se trata dun recurso cun ámbito tan amplo e, evidentemente, o Tribunal Supremo non pode examinalo todo, a consecuencia destas dúas premisas é que cómpre que sexa dotado dun sistema moi flexible de admisión. Hai que reparar en que o axuízamento penal xa concluíu, houbo (ademais de instrución) instancia e recurso, polo que o criterio para que o Tribunal Supremo examine un asunto non pode ser nin se existiu ou non un quebrantamento de forma nin unha infracción de lei, nin unha discrepancia entre tribunais, senón *o interese e a importancia* da cuestión.

Non é desexable imaxinar uns tribunais superiores de xustiza en apelación dicindo o mesmo có Tribunal Supremo en casación sobre *o animus necandi*, sobre se a proba estivo ben ou mal denegada, etc. Está ben que exista un control sobre todo iso, é dicir, sobre estas cuestións, pero para iso xa está o recurso de apelación. O recurso ante o Tribunal Supremo, por forza, ten que ser outra cousa.

Cómpre engadir o efecto vinculante das súas decisións. Vinculación non só en relación co caso concreto, senón fronte a todos os tribunais.

Por último, tamén sería preciso analizar se entre as características do Supremo tamén se encontra a de ter capacidade para avocar calquera asunto ao seu coñecemento, aínda que non entramos neste momento no desenvolvemento desta cuestión.

3.3. Funcións

Cando se reflexiona sobre o recurso de casación, adoita formularse a diferenciación entre *o ius litigatoris* e *o ius constitutionis*, para afirmar que no dito recurso ten prevalencia *o ius litigatoris*; aínda que se engada que na súa concepción orixinaria a función casacional estaba rexida polo *ius constitutionis*²⁰.

Non obstante, ao noso xuízo, esa situación pon precisamente de manifesto que o recurso de casación tal como se concibe (na actual LAC) non está deseñado para un sistema penal no que xa existiu instancia e apelación. Aí non cabe un recurso presidido pola función de protección do *ius litigatoris*. Sen dúbida, debe prevalecer a idea do interese público da defensa da lei (no sentido que logo diremos, e non no sentido que normalmente se asigna ao *ius constitutionis*), sen prexuízo de que o interese do particular sexa o vehículo empregado para a defensa daquel interese. *O ius litigatoris* xa foi satisfeito e garantido coa instancia e a apelación; o recurso ante o Tribunal Supremo debe ter outro fundamento e cumprir outra función.

En efecto, á casación atribúenselle diversas funcións, que se centran nas seguintes: a función nomofiláctica (defensa da lei)²¹ e a función de protección dos intereses dos particulares²². Agora ben, a función de protección dos intereses dos particulares supón que se a necesidade de protección existe, o Tribunal Supremo debe intervir. Outro tanto acontece coa función nomofiláctica —polo menos na maneira en que se vén entendendo—, posto que se considera precisa a intervención do Tribunal Supremo en todos os casos nos que se aprecie unha interpretación indebida ou incorrecta do Dereito.

Non obstante, non é esta a nosa visión do que debe ser un recurso ante un Tribunal Supremo. Este recurso ten unha clara función social de defensa dos intereses xerais que podemos fraccionar: o recurso permítelle ao Tribunal Supremo, por unha parte, determinar os valores nos que descansa o ordenamento xurídico e, por outra parte, dirixir a política xudicial xurisdiccional. De aí que a súa intervención poida e deba ser discrecional e moi selectiva.

Fronte ao sistema de pregunta-resposta, é dicir, pretensión do particular-resposta dos tribunais que debe existir na instancia e na apelación, no recurso ante o Tribunal Supremo é preciso superar esa ecuación e partir de que, ante este tribunal, as máis das veces existirán preguntas sen resposta e, mesmo, respostas que teñan só unha relación tanxencial coas preguntas que as provocaron.

4. O NOVO RECURSO DE CASACIÓN PENAL NA FUTURA REFORMA PROCESUAL

A decisión política con respecto á elección dun determinado sistema para o recurso ante o Tribunal Supremo, afecta directamente ao obxecto do recurso. Nesta cuestión o lexislador non é completamente libre de elixir o sistema que máis lle guste, senón que está suxeito a certos parámetros que establece a Constitución e dos que non pode subtraerse: o lexislador ten que elixir un sistema que permita e posibilite o cumprimento do art. 123 da Constitución. Isto implica que o lexislador ten que deseñar un recurso ante o Tribunal Supremo que permita que este sexa «supremo» e «superior», co contido que estas especiais características teñen e ás que xa nos referimos.

De maneira que a elección do sistema vén impulsada pola necesidade de que, calquera que sexa o sistema elixido, o Tribunal Supremo debe reunir tales características. De non ser así, o sistema non sería acorde coa Constitución²³.

Estamos ante un tribunal que revise a formación do feito probado? Trátase dun recurso que só examine a subsunción? Só debe actuar en caso dunha contradición entre sentenzas dos tribunais inferiores? As preguntas pódense multiplicar; as súas respostas mostraranos cal será o obxecto dese recurso e cal será o rendemento que se poida esperar deste.

O obxecto do recurso de casación pasou por diversas etapas desde a súa creación orixinal francesa²⁴: de non poder os xuíces interpretar a lei ata a súa interpretación e o exame da formación do feito no que non dependa da inmediación. O seguinte paso, o actual, é determinar o obxecto deste recurso cando este é configurado como «de unificación de doutrina.»

Examinemos agora cales son as liñas mestras da futura reforma.

4.1. Ámbito

En canto ao ámbito, está previsto que caiba interpoñer o recurso de casación contra (novo art. 847 LAC):

- As sentenzas definitivas ditadas en segunda instancia en causas seguidas por delito polas audiencias provinciais (téñase en conta o que diremos ao respecto a continuación), pola Sala do Penal e pola Sala de Apelación da Audiencia Nacional.
- As sentenzas definitivas ditadas en segunda instancia pola Sala do Civil e Penal dos tribunais superiores de xustiza.
- As sentenzas definitivas ditadas en segunda instancia pola Sala do Tribunal Superior de Xustiza prevista no artigo 77 da Lei orgánica do poder xudicial.
- Menores: remítase á LORPMenores (é dicir, unificación de doutrina).

- Vixilancia penitenciaria: remítase á Disposición Adicional 5ª da LOPX (é dicir, unificación de doutrina).

Este ámbito vén cubrir case todas as posibilidades na xurisdición penal, pero non se pode afirmar que toda sentenza que xa tivo previamente outro recurso sexa susceptible de ser recorrida ante o Tribunal Supremo. A cuestión céntrase na recorribilidade das sentenzas ditadas polas audiencias provinciais. En efecto, pois no proxecto de reforma establécese que, neste caso, só caberá recurso de casación cando se impuxese unha ou varias penas privativas de liberdade que, conxunta ou separadamente, superen os tres anos.

Esta formulación, que xira arredor da pena efectivamente imposta, implica que o límite a partir do cal a sentenza é recorrible establécese en razón da pena concreta. Esta forma de concretar o límite ten o inconveniente de que a determinación de se o asunto terá ou non recurso de casación, queda en mans do órgano *a quo*; estes poderán ter en conta que a súa sentenza será revisable ou non polo Tribunal Supremo en función da pena que efectivamente impoñan.

O sistema é bastante imperfecto e máis correcto é considerar que o límite debería establecerse en función das penas legalmente establecidas, con independencia das efectivamente impostas. Dito sucintamente, o criterio limitador debe ser a pena abstracta e non a pena concreta. Así o entendeu o Pleno da Sala do Penal do Tribunal Supremo na súa sesión do 24 de xaneiro do 2006; posteriormente, a Sala de Goberno do Tribunal Supremo aprobou o informe que recollía as observacións que este Pleno acordara con respecto á futura reforma do recurso de casación.

Tanto o PSOE como o PP presentaron emendas ao Proxecto de Lei dirixidas a modificar o indicado límite. Nestas emendas o límite establécese en función da pena legalmente prevista. É dicir, sistema de pena abstracta e non de pena concreta.

4.2. Motivos

Os motivos previstos son os seguintes (novo art. 848 LAC):

- Contradición da sentenza coa xurisprudencia do Tribunal Supremo ou a doutrina do Tribunal Constitucional.
- Contradición da sentenza impugnada con outra sentenza ditada en segunda instancia polas salas do civil e penal dos tribunais superiores de xustiza, audiencias provinciais ou Audiencia Nacional, sempre que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo que resolva a alegada contradición.

En todo caso, a contradición alegada deberá evidenciar unha infracción de normas constitucionais ou legais que sexa relevante para o veredicto da sentenza contra a que se recorreu. E, ademais, a contradición só se producirá cando se trate de supostos substancialmente iguais.

En definitiva, o recurso require evidenciar unha contradición co argumentado ou decidido nalgunha outra sentenza, ou unha ausencia de xurisprudencia sobre a cuestión sometida a debate. Sobre esta cuestión que, en definitiva, conforma o obxecto deste recurso, volveremos máis adiante, polo que nos remitimos ao que alí diremos.

4.3. Non admisión

A non admisión está regulamentada e faise conforme ás seguintes causas (novo art. 884 LAC):

- Cando se interpoña por motivos distintos dos enumerados no artigo 848 e que foron alegados no escrito de preparación do recurso de casación.
- Cando se interpoña contra resolucións distintas das comprendidas no artigo 847 e especificadas no escrito de preparación do recurso de casación.

- Cando non se respecten os feitos que a sentenza declare probados ou se fagan alegacións xurídicas en notoria contradición ou incongruencia con aqueles.
- Cando non se observasen os requisitos que a lei esixe para a súa preparación ou interposición.
- Cando careza manifestamente de fundamento.
- Cando o Tribunal Supremo desestimase xa no fondo outros recursos substancialmente iguais.

4.4. Visión xeral

Así pois, o novo recurso de casación estrutúrase sobre as seguintes bases:

a) O seu obxecto: o Dereito

É un recurso sobre o Dereito. No Tribunal Supremo non cabe, de ningunha maneira, discutir cuestións de feito. Por iso, expresamente, consígnase como causa de non admisión (que, se é o caso, se transforma en causa de desestimación), «cando non se respecten os feitos que a sentenza declare probados»; e, ademais, durante a vista (cando a houbese) a lei obriga o presidente a non permitir «ningunha discusión sobre a existencia dos feitos consignados na resolución contra a que se recorreu e chamará á orde a quen intente discutilos, podendo chegar a retirarlle a palabra» (novo art. 897 LAC).

Evidentemente, isto debe interpretarse no sentido de que o tribunal pode entrar en todo aquilo que non está alcanzado pola inmediatez da proba. Noutras palabras, en relación coas probas só cabe impugnar a estrutura racional da motivación expresada na sentenza contra a que se recorreu, ou sexa, se foron infrinxidas as normas da lóxica, as máximas da experiencia, ou se descoñeceran os coñecementos científicos.

De xeito que este recurso só pode ter por obxecto: a) os problemas de interpretación da lei; b) os problemas de subsunción do feito; e, c) os problemas da determinación do feito que non requiran unha repetición da proba baixo a aplicación dos principios de oralidade e inmediatez.

b) Base

É un recurso de base ampla por canto cabe que poidan ser obxecto de recurso todas as sentenzas do ámbito penal de segunda instancia.

Incluso no xuízo de aforados ante o Tribunal Supremo está prevista a posibilidade dunha segunda instancia²⁵.

c) Razóns para recorrer

Encontrámonos ante un recurso que, en principio, se encontra limitado a unha serie de motivos. Estrutúrase de maneira formal, non obstante, se reparamos na serie de motivos que se prevé, cabe dicir que é posible interpoñer o recurso por calquera razón referida ao obxecto deste recurso, é dicir, á aplicación do Dereito (non aos feitos). De maneira que o formalismo é máis aparente que real. Por iso, podemos dicir que é de carácter flexible e apto para poder alegar e argumentar calquera razón pola que se considere mal aplicado o Dereito; isto constitúe un avance moi importante na configuración deste recurso.

O primeiro motivo previsto é o de contradición da sentenza coa xurisprudencia do Tribunal Supremo. Sen entrar agora en que este motivo dará para discutir arredor das fontes do Dereito, o certo é que proporciona unha grande amplitude de posibilidades á hora de impugnar unha sentenza e argumentar a existencia dunha indebida aplicación do Dereito. O mesmo ocorre co motivo baseado na alegación de que non existe xurisprudencia do Tribunal Supremo en relación con ese punto. Pola contra, o motivo baseado na existencia de contra-

dición con outras sentenzas é máis complicado de preparar e ten un ámbito máis estreito, pero estes supostos seguramente se poden reconducir aos outros dous motivos aos que nos acabamos de referir (contradición coa xurisprudencia ou inexistencia desta).

Podíamos dicir que innecesariamente se encadran formalmente os motivos, dando unha aparencia que non se compaxina coa realidade. Afortunadamente, encontrámonos ante un recurso de amplo espectro, polo que é posible formularlle ao Tribunal Supremo calquera cuestión relativa á aplicación do Dereito.

d) Formalismos

d.1 Presenza do acusado

Non está prevista a presenza do acusado. Pódese transformar unha sentenza absolutoria en outra condenatoria sen que o tribunal (neste caso o Tribunal Supremo) oíse o acusado? Dada a estrutura deste recurso no que os feitos probados son intocables, a resposta sería que é posible, pero bastante improbable. Se os feitos non se alteran, dificilmente uns feitos sobre os que se funda unha sentenza absolutoria, van poder sustentar unha sentenza condenatoria.

O dito é aplicable a todo recurso no que o seu obxecto é o Dereito, polo que en gran medida é aplicable tamén ao recurso de apelación restrinxido. A conclusión —que non dicimos que sexa incorrecta— é que as sentenzas absolutorias dificilmente son recorribles contra reo.

d.2 Vista

Déixase en mans do Tribunal Supremo a decisión sobre se o recurso se tramitará con vista ou sen ela. É dicir, non se establecen supostos rixidos nos que necesariamente haberá vista. O criterio é que haberá vista cando o Tribunal Supremo considere que existe un «interese relevante» (novo art. 882 bis LAC).

Ademais, cando o Tribunal Supremo decida que se vai realizar vista, «sinalará os puntos sobre os que versará o acto» (novo art. 882 bis LAC). Esta disposición permitirá que a vista sexa máis áxil e que se centre, dentro do impugnado, en só aquela ou aquelas cuestións que ao Tribunal lle resultaron dubidosas ou atractivas, tendo ocasión o recorrente de profundar no que vai ser a clave da decisión.

Aínda máis, cando algunha cuestión non quedou suficientemente desenvolvida por algunha das partes, o presidente da Sala pode solicitar «un maior esclarecemento da cuestión debatida» (novo art. 897 LAC).

Estas posibilidades que a reforma incorpora permitirán, como digo, unha maior axilidade e concreción nos debates, e poderase centrar a cuestión naquilo que o Tribunal Supremo realmente considera dubidoso ou de relevancia en relación co recurso interposto.

Cando non exista vista, o recurso será un recurso de carácter escrito e a publicidade obtense mediante o depósito da sentenza.

e) Non admisión

Aquí é onde debería estar unha das claves da reforma. Se a premisa da que se parte é que toda sentenza de segunda instancia pode ser recorrida ante o Tribunal Supremo, abonda con realizar unha sinxela operación aritmética para coñecer o volume de recursos que van entrar neste tribunal. Isto provoca que, evidentemente, o Tribunal Supremo non poida absorber tal volume de recursos e a única maneira de funcionar é cun forte filtro que impida o paso de todos aqueles recursos respecto dos que non é preciso que o Tribunal Supremo se pronuncie.

Trátase de aplicar discrecionalmente criterios de *oportunidade*. Lembremos novamente que nos encontramos ante un sistema de xustiza penal no que xa existiron (unha instrución e) dúas instancias, polo que non se trata ou non se debe tratar de implantar un recurso ante

o Tribunal Supremo cos mesmos criterios. Unicamente ten sentido o sistema se o recurso ante o Tribunal Supremo se elabora con outra fundamentación, outro obxecto e outra finalidade distinta á dos recursos de segunda instancia. Isto implica que na non admisión se poida funcionar con criterios de oportunidade que avalíen o *interese e a importancia* do asunto, no sentido anteriormente indicado.

Noutras palabras, á vista da nova regulación, podemos dicir que as causas de non admisión pódense reconducir a dous grupos: as baseadas en razóns formais e as de fondo; estas son a versión negativa dos criterios de estimación dun recurso de casación.

A reforma non innova nesta cuestión. Non hai criterios de oportunidade, agás o que se interprete que pode dar de si a causa de non admisión baseada na ausencia de fundamento; non obstante, en realidade, esta causa vai centrada na ausencia de fundamento do recurso e non na súa falta de interese. Polo tanto, será difícil que poida existir unha resposta na admisión / non admisión que sexa áxil.

O problema está, ao noso xuízo, en que a reforma parte de considerar que o recurso ante o Tribunal Supremo é o recurso de casación e elabora o introduce algúns cambios, pero sempre baixo ese presuposto de partida.

Non obstante, ao noso modo de ver ese presuposto só ten razón de ser se a casación se incorpora ao sistema como recurso único. É dicir, nun sistema de xustiza penal de única instancia e cun recurso de dereito que é a casación.

Pero, as cosas non son así. A reforma introduce unha segunda instancia (recurso basicamente de Dereito) e entón o recurso ante o Tribunal Supremo necesariamente ten que ser deseñado doutro xeito. A iso hai que unir que nos encontramos coa Constitución que considera o Tribunal Supremo como o órgano xurisdiccional superior en todas as ordes, o que significa, entre outras cosas, que o lexislador ten que respectar que tal definición sexa efectiva.

Ao meu modo de ver é preciso partir desta diferenza de presuposto e obter as consecuencias no seu desenvolvemento. O Tribunal Supremo ten que ser un tribunal que ten que poder funcionar e ten que poder facelo con criterios de oportunidade. Dito doutro xeito, a idea de que o Tribunal Supremo ten que contestar en todo caso, ben non admitindo ou, se se admite, estimando ou desestimando o recurso, e baseándose sempre en causas estereotipadas, é unha idea que cómpre superar. Iso de que se a causa é a) o Tribunal Supremo sempre ten que dicir a), non é a formulación axeitada. O Tribunal Supremo ten que ser o que decida en que materias entra a coñecer e en cales non, de maneira que ante unha causa a) nunha ocasión pode dicir a) e non volver entrar no problema nos restantes recursos. Evidentemente isto implica unha vinculación absoluta da xurisprudencia con relación aos demais tribunais.

A cuestión e o seu enfoque tamén teñen a súa proxección formal. A non admisión debe motivarse e adoptar a forma de auto? Así aparece no proxecto de reforma (novo art. 888 LAC).

Non obstante, o certo é que se partimos de configurar o recurso ante o Tribunal Supremo na forma na que o facemos, a motivación —en termos xerais— carece de razón de ser e impónse a non admisión por providencia, é dicir, inmotivadamente. En efecto, debemos partir de que xa existiron dúas instancias previas e, por conseguinte, cumpríuse co dereito de acceso á xurisdición e o dereito á tutela xudicial efectiva. A isto hai que engadir que o esencial no recurso ante o Tribunal Supremo non é a corrección ou incorrección da resolución contra a que se recorreu nin se prospera ou non prospera o recurso formulado. Para iso xa están as instancias previas. O importante no momento da admisión ou non admisión do recurso, non é por que non se admite o recurso, senón o feito de que a parte expuxo o asun-

to de tal maneira que motivou ao Tribunal Supremo para que o considere de importancia como para que exista unha sentenza sobre a cuestión presentada.

Dito doutro xeito, superado o sistema de pregunta-resposta, o importante non é por que non hai resposta; isto carece de interese. O realmente relevante é que exista unha resposta, é dicir, unha decisión sobre algunha das cuestións que no recurso se formulan. Por iso, a motivación da non admisión carece de razón de ser. Por último, convén insistir en que a falta de resposta (a non admisión mediante providencia inmotivada) non é unha denegación de xustiza, que obstaculice o interese e o dereito da parte a obter a tutela xudicial efectiva; pois abunda con recordar que todo iso xa se obtivo coas dúas instancias previas.

O informe do Pleno da Sala Segunda do 24 de xaneiro do 2006, ao que xa nos referimos, mantén que a non admisión debería poder levarse a cabo mediante unha providencia, é dicir, sen motivación. Existe unha emenda do PSOE ao novo art. 888 LAC na que vén a establecerse que a non admisión poderá acordarse mediante unha «providencia sucintamente motivada».

f) Relación cos tribunais superiores de xustiza

A relación cos tribunais superiores de xustiza é sinxela: as súas sentenzas poden ser obxecto de recurso ante o Tribunal Supremo. E tal e como se encontran deseñadas as causas para fundamentar un recurso de casación, é factible non só por contradición entre sentenzas procedentes destes tribunais, senón que tamén cabe interpoñer o recurso por contradición coa xurisprudencia. Como dixemos, en realidade un recurso de casación pode ser fundamentado en calquera razón que supoña unha indebida aplicación do Dereito.

5. RECURSOS CONTRA SENTENZAS ABSOLUTORIAS

Chegados a este punto é preciso preguntarnos sobre os recursos contra as sentenzas absolutorias.

A cuestión relativa á posibilidade de recorrer sentenzas absolutorias é moi polémica. Dadas as marxes que pode ter por obxecto un recurso de tales características é fácil comprender que a devandita posibilidade é moi reducida. Como é sabido, cando un recurso ten como obxecto a aplicación do Dereito, hai que partir dunha inalterable declaración de feitos probados e soamente cabe discutir a aplicación do Dereito que fose realizada respecto dos ditos feitos. Evidentemente, no devandito recurso non é posible examinar a proba, xa que só cabe analizar a irracionalidade ou racionalidade da apreciación da proba realizada e iso sempre con respecto ao principio de inmediación, o que implica que a credibilidade da testemuña é unha cuestión de feito que —agás supostos excepcionais de irracionalidade— corresponde ao tribunal dos feitos. A consecuencia desta formulación é que unha sentenza absolutoria é dificilmente recorrible con éxito. Hai ordenamentos xurídicos que directamente consideran que non son recorribles²⁶. Non se debe esquecer que nesta materia preséntase moi entrelazada a cuestión da prohibición do *non bis in idem*, pois tamén é discutible que debido a un quebrantamento de forma sexa admisible a realización dun segundo xuízo. É dicir, a técnica do reenvío tampouco pode ser utilizada en todos os supostos.

Lexitimación da acusación

Con respecto a isto cómpre ter en conta que a acusación non pode invocar a presunción de inocencia. En efecto, o dereito á presunción de inocencia é un dereito do particular fronte ao Estado e, en consecuencia, non lle compete á acusación. Ademais, non supoñería a invocación do principio de presunción de inocencia senón o seu inverso: cando a acusación

pide a condena dunha persoa absoluta, precisamente o que fai é afirmar que esa persoa non debe ser considerada inocente.

Tal dereito a unha presunción de inocencia invertida non existe.

O Tribunal Supremo defende esta formulación, pero considera que o que si cabe é que a acusación invoque o dereito á tutela xudicial efectiva. Con respecto a isto estima que o Ministerio Fiscal non só ten lexitimación por substitución senón que posúe unha lexitimación directa para reclamar os dereitos e as garantías que a Constitución lles recoñece aos que son parte nun proceso.

Esta posición plasouse nun Acordo da Sala Xeral do 27 de febreiro de 1998. Posteriormente, a Sala Segunda do Tribunal Supremo volveu sobre a cuestión e o 11 de xullo do 2003 tomou o acordo de que «cando a sentenza absolutoria se basea na falta de credibilidade das testemuñas, a vía da tutela xudicial efectiva alegada pola acusación non permite modificar os feitos probados».

Técnica do reenvío

Evidentemente, a técnica do reenvío presenta o problema de que se produce un dobre axuizamento polos mesmos feitos. Que a sentenza contra a que se recorreu non chegase a producir o efecto de cousa xulgada non é por forza un argumento decisivo. Ademais, cando se retrotraen as actuacións e se ordena realizar un novo xuízo, concédeselle á acusación unha segunda oportunidade para presentar proba (aínda que sexa da xa solicitada pero que non se realizou; por exemplo, unha testemuña ou un perito que non acudiu ao acto do xuízo oral). O dobre axuizamento está prohibido e, en ocasións, o reenvío prodúcese.

O reenvío pódese acordar para que se redacte unha nova sentenza (cando se considera que aí se encontra o fallo) ou ben para que se realice un novo xuízo (cando nel estivo o problema). Son dous supostos distintos, aínda que en relación co primeiro suposto cómpre ter en conta, por unha parte, que, nese caso, a sentenza ten que ser redactada polos mesmos maxistrados que ditaron a anterior, pois son os que estiveron no xuízo e viron a proba; non deixa de chamar a atención que cando se suspende un xuízo a LAC ordene volver realizar o xuízo se transcorre un prazo excesivo de paralización e que en cambio se poida ordenar redactar unha nova sentenza cando o xuízo puido ser realizado, por exemplo, un ano antes. Por outra parte, en ocasións, ditar nova sentenza pode ser imposible, por exemplo, cando un dos maxistrados que ditaron a sentenza falecese; nestes casos de imposibilidade, a retroacción para ditar sentenza ten que transformarse en retroacción para realizar novo xuízo.

Polo tanto, é necesario ter en conta que a técnica do reenvío pode prexudicar o acusado e pode ter a súa orixe en causas totalmente alleas a el (por exemplo, fallos na sentenza ou no xuízo pola non comparecencia dunha testemuña). A solicitude da retroacción das actuacións pode proceder das acusacións e a causa pode ser allea ao acusado; por iso, en tales situacións é preciso examinar se o reenvío que lle impón unha carga ao acusado dun novo axuizamento se basea en infraccións que afecten esencialmente a algún dereito fundamental ou non. Neste último caso, sen dúbida, o reenvío é absolutamente improcedente; no outro caso, será preciso examinar que tipo de dereitos foron descoñecidos ou quebrantados.

Os supostos nos que se produce o reenvío son os de quebrantamento de forma e os supostos de vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva, non obstante, só cabe retrotraer cando se vulnerasen as regras esenciais do proceso en prexuízo da acusación, pois, en tales

supostos «non se pode falar de proceso nin permitir que a sentenza absolutoria adquira o carácter de inatacable» (STC, 4/2004, do 16 de xaneiro).

Pola contra, non cabe a retroacción «cando se estimen vulnerados dereitos fundamentais de carácter substantivo da acusación, xa que iso imponlle ao acusado absolto a carga dun novo axuízamento que non está destinado a corrixir unha vulneración na súa contra de normas procesuais con relevancia constitucional» (STC, 23/2008, do 11 de febreiro).

Así pois, o Tribunal Constitucional formulouse en diversas ocasións o problema da anulación de sentenzas absolutorias con orde de retroacción de actuacións e chegou a esa importante distinción: a) *non cabe* cando o vulnerado son dereitos fundamentais de carácter substantivo da acusación; e, b) *cabe* cando se produce unha quebra dunha regra esencial do proceso en prexuízo da acusación.

Trasladando esta dobre regra aos distintos supostos, o Tribunal Constitucional declarou:

a) Non se admitiu a retroacción nos seguintes supostos (considerouse que se deberían anular os pronunciamentos acordando a retroacción das actuacións):

- Por non admitirse unha proba da acusación relevante e decisiva e cerrarse a causa sen executala (STC, 116/1997, do 23 de xuño).
- Por negarse o acceso aos recursos contra o arquivo da causa, tendo mostrado o recorrente a súa vontade inequívoca de presentarse no proceso penal (STC, 16/2001, do 29 de xaneiro).
- Porque se instruíu o recurso de queixa dando lugar ao auto de sobresemento libre sen contradición do querelante (STC, 178/2001, do 17 de setembro).
- Por instruírse o recurso de apelación sen unir o escrito de impugnación da acusación particular e, polo tanto, sen que o órgano xudicial o tomase en consideración (STC, 138/1999, do 22 de xullo).
- Por producirse unha incongruencia *extra petitum* ao introducirse na sentenza un elemento que non fora obxecto de debate contradictorio (STC, 215/1999, do 29 de novembro).
- Por admitir o órgano de apelación a pretensión de lexitimación do actor e entrar no fondo sen xuízo oral no que as partes puidesen exercer o seu dereito de defensa sobre a cuestión do fondo (STC, 168/2001, do 16 de xullo).
- Nun suposto no que en vía xudicial, a pesar de recoñecerse que se vulnerara o dereito á tutela xudicial efectiva da acusación, o órgano xudicial de casación non anulou a sentenza absolutoria para que a acusación fose restablecida no seu dereito a través da retroacción de actuacións (STC, 218/2007, do 8 de outubro).
- Nas que se confirmou a constitucionalidade das decisións xudiciais de anular sentenzas absolutorias por defectuosa motivación nas actas de votación dos tribunais de Xurado con orde de realización de novo xuízo (SSTC, 169/2004, do 6 de outubro; 246/2004, do 20 de decembro; 192/2005, do 18 de xullo; e, 115/2006, do 24 de abril).
- No suposto en que se acordara a anulación dunha sentenza absolutoria e a retroacción para realizar nova vista oral por extraviarse a acta do xuízo oral, considerou vulnerados os dereitos á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 CE) e a un proceso con todas as garantías (art. 24.2 CE) do acusado, argumentando que, sen producirse ningunha infracción procesual causante de indefensión na acusación particular, non se podía adoptar unha decisión de anulación e retroacción, tendo en conta que o recurso non se sustentou na

vulneración de garantías procesuais nin nel se solicitaba a dita anulación (STC, 4/2004, do 16 de xaneiro).

b) Admitiuse a retroacción das actuacións (denegouse o amparo pola dita retroacción):

- Nun suposto no que por dúas veces fora acordado pola Sala Segunda do Tribunal Supremo a retroacción das actuacións para ditar unha nova sentenza, na terceira ocasión, o Tribunal Supremo acordou anular a sentenza, retrotraer as actuacións e realizar un novo xuízo por un tribunal cunha composición distinta, o Tribunal Constitucional negou o amparo porque considerou que non se vulnerara a prohibición de dobre axuizamento penal xa que a retroacción era correcta por canto era «o resultado dunha correcta ponderación entre os dereitos do recorrente e a necesidade de volver establecer as garantías procesuais esenciais da acusación particular» (STC, 23/2008, do 11 de febreiro).

Notas

¹ Con máis detalle: López Barja de Quiroga, *La reforma de la casación penal*, Fundación Alternativas, 2007, *passim*.

² Non se debe esquecer que o poder recorrer en apelación e que o Tribunal *ad quem* sentencie sen proba e con base na documentación escrita ten a súa base e fundamento no procedemento da Inquisición.

³ Sobre este principio, véxase López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho procesal penal*, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2007, páx. 129 e ss.

⁴ Sobre apelación de sentenzas absolutorias, véxase tamén, caso Cooke contra Austria, STEDH, 8 de febreiro do 2000; caso *Stefanelli* contra San Mariño, STEDH, 8 de febreiro do 2000; caso *Constantinescu* contra Romanía, STEDH, 27 de xuño do 2000; caso Tierce e outros contra San Mariño, STEDH, 25 de xullo do 2000.

⁵ STEDH, 15 de xullo do 2003.

⁶ Bacigalupo, «La noción de un proceso penal con todas las garantías», *Derechos procesales fundamentales*, CXPX, Madrid, 2005, p. 461 e ss., esp. 519 e ss.

⁷ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 400.

⁸ Cfr. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 391.

⁹ Véxase con detalle a discusión alemá en Bacigalupo, «La noción ...», cit., p. 536 e ss.

¹⁰ López Barja de Quiroga, *Tratado ...*, cit., p. 231 e ss.

¹¹ Agora ben, podemos preguntarnos se o devandito recurso satisfará as esixencias do art. 14 parágrafo 5 do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos, tal como o interpreta o Comité de Dereitos Humanos; ademais dos anteriores ditames deste comité (véxase López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 231 e ss., esp., p. 247 e ss.) nos que xa deixou clara a súa posición, no do 15 de novembro do 2004 (Comunicación 1101/2002), o comité parte de que o exame do Tribunal de Casación «limitase ao exame de se as conclusións a que chega o Tribunal de Primeira Instancia son ou non arbitrarias ou constitúen unha denegación de xustiza» e conclúe que «este sometemento limitado do caso ao Tribunal Superior non está de acordo coas esixencias do art. 14 parágrafo 5 do Pacto». Parece que cabe pensar que para o comité un recurso sobre o Dereito non é suficiente para cumprir co disposto no art. 14.5 do Pacto. Non obstante, esta doutrina foi abandonada polo comité. En efecto, conséntase unha clara evolución do comité sobre esta cuestión, xa que, de forma reiterada, principalmente a partir do ano 2005 (sen prexuízo da Comunicación núm. 1095/2002, do 26 de agosto do 2005, que segue a doutrina anterior e contén votos particulares que insisten en que debe abandonarse esa doutrina), o dito comité cambiou substancialmente a súa doutrina e acepta que é suficiente coa existencia no ordenamento xurídico de recursos de coñecemento limitado (é dicir, sen volver a repetir proba e, por conseguinte, cando o Tribunal Superior só examina a existencia e suficiencia da proba, así como a racionalidade do Tribunal de Instancia en cuanto á valoración da proba) para os efectos do artigo 14 parágrafo 5 do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos; especificamente referíndose ao recurso de casación español aparece este cambio de criterio nos ditames seguintes: 1356/2005, do 10 de maio do 2005; 1389/2005, do 16 de agosto do 2005; 1399/2005, do 16 de agosto do 2005; 1059/2002, do 21 de novembro do 2005; 1156/2003, do 18 de abril do 2006; 1094/2002, do 24 de abril do 2006; 1102/2002, do 26 de abril do 2006; 1293/2004, do 9 de agosto do 2006; 1387/2005, do 11 de agosto do 2006; e, 1441/2005, do 14 de agosto do 2006.

¹² Schünemann, *La reforma del proceso penal*, trad. Sacher, Madrid, 2005, p. 97.

¹³ Este Protocolo foi asinado por España, pero aínda se encontra pendente da súa ratificación.

- ¹⁴ A existencia dun Tribunal Supremo non procede do sistema xudicial romano; é moi posterior. Halpérin («Cours Suprêmes» en *Dictionnaire de la culture juridique* (Dir. D. Alland e S. Rials), París, 2003, páx. 313 e ss.) fixa a orixe dos tribunais supremos nos tribunais feudais, especialmente na *Curia regis* do rei de Inglaterra e do de Francia. En Inglaterra baixo o reinado de Henry II (1154-1199); en Francia, é máis tardío, concretamente na segunda metade do século XIII; e, en Alemaña, a *Reichskammergericht* foi establecida en 1495 por Maximilian como consecuencia dun acordo cos príncipes alemáns. O Tribunal Supremo Federal de EEUU é moi posterior: procede da Constitución de EEUU que o estableceu e da lei de 1789 que elaborou o sistema xudicial federal, comezando propiamente a súa andadura en 1790 (véxase o clásico Hughes, *The Supreme Court of the United States*, Nova York, 1936; Charles Evans Hughes foi maxistrado deste Tribunal Supremo entre 1910 e 1916. Sobre o Tribunal Supremo español, véxase García-Goyena, *Tribunal Supremo de España*. Noticias sobre su historia, organización y funcionamiento, Madrid, 1929; Moreno Pastor, *Los orígenes del Tribunal Supremo*. 1812-1838, Madrid, 1989; López Barja de Quiroga, *Tratado ...*, cit., p. 1337 e ss.).
- ¹⁵ Con respecto a isto convén examinar as ideas de Montesquieu e de Robespierre (véxase, Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, París, 1987) e, naturalmente, as de Marat (*Plan de Legislation Criminelle*, París, 1790), sen prexuízo de que as ideas plasmadas por escrito e a proxección real na vida non se parecisen en nada, pois, transformouse nun implacable asasino.
- ¹⁶ Boré, *La cassation en matière pénale*, París, 1985, p. 425.
- ¹⁷ Evidentemente esta crítica a tempos pretéritos da casación penal é demasiado xeral e por iso pode non ser correcta en casos concretos.
- ¹⁸ Os termos órgano supremo e superior teñen o seu contido específico dentro da teoría do Estado; véxase, Kelsen, *Teoría ...*, cit., p. 390 e ss.
- ¹⁹ Non pode dicirse que deseñei un Tribunal Constitucional, porque desde logo non é así; estoume referindo a un Tribunal Supremo que sexa supremo e superior en todas as ordes xurisdiccionais. O Tribunal Constitucional é outra cousa. E non se esqueza que en materia de lexislación ordinaria a interpretación válida é a do Tribunal Supremo e a ela se ten que suxeitar o Tribunal Constitucional, sempre que a dita interpretación sexa constitucional, sen prexuízo de que desgraciadamente e moi a miúdo o Tribunal Constitucional esqueza tal afirmación constitucional.
- ²⁰ Este termo de *ius constitutionis*, ao noso parecer, non é especialmente axeitado, aínda que está moi estendido.
- ²¹ O termo «función nomofiláctica» procede do grego. Nalgunhas cidades da antiga Grecia existían os *nomophylakes* ou gardiáns das leis. Quen nos dá máis información ao respecto é Platón [*As leis*, libro sexto, 754 d) ao 755 b)]; na Constitución que inventa para unha cidade cretense establecía que os *nomophylakes* eran un grupo de 37 persoas elixidas ao cumprir 50 anos e permanecían ata os 70 anos (non podían ser nomeados antes dos 50 anos e non podían estar no cargo máis de 20 anos, sen poder superar no cargo a idade de 70 anos), cuxas funcións, como gardiáns da lei e dos documentos, (sen prexuízo doutras diversas) eran gardar o texto legal (para que non existisen alteracións físicas), gardar o rexistro de propiedades, así como asegurar que os maxistrados no ámbito das súas funcións non quebrantasen a lei (a aplicasen mal), de maneira que se a lei se aplicase mal, o denunciasen ante os tribunais. Platón explica con detemento a figura do *nomophylax*, a cuxo grupo de 37, os *nomophylakes*, os considera os máis importantes da cidade (o máis importante sería o que dirixía a política de educación e este estaba elixido entre os *nomophylakes*) (véxase, Morrow, *Plato's Cretan City. A Historical Interpretation of the Laws*, Princeton, Nova Jersey, 1993, p. 195 e ss.). Cicerón tamén se refire a eles, e indica que os romanos deberían ter uns *nomophylakes* coma os gregos (Cicerón, *Sobre as leis*, libro III, 46 e 47).
- ²² Ás veces, engádese a función de obter a uniformidade na aplicación do Dereito, pero en realidade isto conséguese coa función nomofiláctica, da que forma parte.
- ²³ Véxase, neste sentido, defendendo que a función de unificación de doutrina non pode ser a única función outorgada ao Tribunal Supremo, pois, de ser así non se cumpriría co establecido na Constitución, «Tribunal Supremo e recurso de casación», manuscrito, *passim*.
- ²⁴ Véxase con detalle Bacigalupo, «Tribunal Supremo ...», cit.
- ²⁵ Supoño que isto é consecuencia do Ditame do Comité de Dereitos Humanos das Nacións Unidas do 15 de novembro do 2004 (Comunicación 1073/2002). Refírese ao seguinte feito: un deputado das Cortes de Castela-A Mancha foi xulgado polo Tribunal Supremo e condenado por un delito de falsidade en documento privado; a súa queixa centrouse en que ao ser xulgado polo Tribunal Supremo non puidera someter a súa causa a outro tribunal para que a revisase. España argumentou que a circunstancia de non ter dereito a unha revisión por un Tribunal Superior compensábase no feito de ser xulgado polo tribunal de maior xerarquía e, ademais que esta é unha situación común en moitos Estados parte do Pacto. O comité, con esa falta de motivación ou con esa argumentación tan simple que o caracteriza, afirmou que o feito de ser xulgado polo tribunal de maior xerarquía có que naturalmente correspondería é unha circunstancia que «non pode por si soa menoscabar o dereito do acusado á revisión da súa sentenza e condena por un tribunal». Por conseguinte, o comité concluíu que se violara o artigo 14, parágrafo 5, do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos. A mesma doutrina foi mantida posteriormente na Comunicación 1211/2003, do 8 de agosto do 2006.
- ²⁶ Véxase, López Barja de Quiroga, *Tratado ...*, cit., p. 1319.