

El nuevo sistema de recursos en el ámbito penal



& Resumen/Abstract: *El procedimiento penal está tremendamente anticuado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional tratan de ajustar sus líneas a lo dispuesto en la Constitución española y en los compromisos internacionales. Tal situación también afecta al sistema de recursos, que precisa de importantes modificaciones tomando en consideración su objeto y sus límites. Se trata de no repetir recursos sin un fundamento propio y de establecerlos midiendo sus límites en cuanto a la revisión de la prueba y la alteración de los hechos probados. Esto implica una decisión para definirlos como recursos sobre el hecho o sobre el derecho y, en función de ello, la necesidad o no de repetir la prueba..* **&**

& Palabras clave: Doble instancia, revisión de los hechos, revisión del derecho, repetición de la prueba

1. INTRODUCCIÓN

Si bien históricamente los recursos fueron establecidos como un medio de control respecto de los Tribunales, lo cierto es que hoy día los recursos se configuran como un sistema de garantizar los derechos de los ciudadanos y el acierto en las decisiones judiciales. Por ello, y siempre mirándolo desde esta óptica, es evidente que un sistema penal de enjuiciamiento debe contar con la posibilidad de que las decisiones puedan ser recurridas. Ahora bien, de nada sirve el establecimiento de los recursos sin que todo el sistema responda a una función; antes al contrario, los recursos tienen que formar una unidad armónica que tenga un sentido de conjunto. En otras palabras, no tiene ningún sentido ni responde a finalidad alguna el establecer recurso tras recurso sin ninguna diferencia entre ellos. Cada recurso debe tener un sentido y finalidad característicos de forma que se dote al conjunto de una armonía lógica.

En otras palabras, los objetos de los recursos han de ser diferentes. Un recurso puede tener por objeto el reexamen de los hechos y otro el reexamen del derecho aplicado. Lo que carece de sentido es, por ejemplo, dos recursos —uno tras otro— en el que ambos tengan el mismo objeto: el derecho aplicado. Por ello, cuando se habla de la apelación y la casación, es preciso definir cuales van a ser los objetos de estos recursos: si van a versar sobre el hecho o sobre el derecho; y, desde luego, organizarlos de forma que sean diferentes.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS RECURSOS

2.1. Notas características

Lo que nos interesa conocer de un recurso ordinario (esto es, que no ataca la cosa juzgada) son los siguientes aspectos:

- Capacidad de alteración del hecho probado (pruebas en segunda instancia e inmediatez).
- Vista oral.
- Presencia o ausencia del recurrente.
- Publicidad.

Evidentemente estas características están entrelazadas. Por ejemplo, si no cabe alterar el hecho probado y únicamente se trata de una discusión respecto al derecho aplicado, el recurso puede ser escrito, sin vista, sin recurrente presente y con una publicidad limitada. No obstante, esta característica, es decir, una publicidad restringida, es admisible aunque más recomendable es que exista una publicidad plena; esto conlleva que todos los recursos sean celebrados con vista pública.

Aquí solamente nos referimos a la primera cuestión¹, esto es, a la capacidad de alteración del hecho probado

Suele interpretarse que el actual recurso de apelación está estructurado como un recurso de plena *cognitio*. Esto significa que el tribunal de apelación puede modificar el hecho probado y, por ello, revocar una sentencia absolutoria y sustituirla por una sentencia condenatoria². Esta situación es disparatada, pues, el Tribunal de apelación está condenando fundándose en pruebas que no ha visto ni oído. En realidad, ni hay inmediatez ni oralidad (aunque haya vista oral), pues lo único que se tiene en cuenta es la traslación escrita de las pruebas al acta del juicio oral.

El Tribunal Constitucional *equivocadamente* ha mantenido con cierta reiteración (así, STC, 43/1997, de 10 de marzo; STC, 172/1997, de 14 de octubre; y, STC, 120/1999, de 28 de junio) que cuando en la segunda instancia no se han practicado nuevas pruebas, no hay reparo alguno en que la resolución de la apelación, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llegue a una conclusión distinta a la de la primera instancia, pues «el Juez *ad quem*, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el Juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*». Esta solución suponía un abandono de los principios de inmediación, oralidad y publicidad. Era una solución incompatible con los criterios del juicio justo que elabora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sin embargo, fue seguida durante bastante tiempo por nuestro Tribunal Constitucional. Ahora bien, la postura era tan indefendible que el Tribunal Constitucional tuvo que rectificar su doctrina.

En efecto, el Tribunal Constitucional *rectificó su doctrina* en la STC, 167/2002, de 18 de septiembre. Esta sentencia fue consecuencia de que se avocara el conocimiento del recurso al Pleno del Tribunal Constitucional para que este rectificara la posición anteriormente mantenida. Así pues, esta sentencia modifica completamente la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto y considera que es necesario mantener una solución acorde con el principio de inmediación.

Señala esta sentencia, siguiendo la doctrina del TEDH, que «cuando el tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 — caso Ekbatani contra Suecia, § 32—; 29 de octubre de 1991 — caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39—; 29 de octubre de 1991 — caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28—; 29 de octubre de 1991 — caso Fejde contra Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 — caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59— que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 — caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96—, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación».

Por tal razón, al centrarse en el caso concreto, el Tribunal Constitucional decide que «debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.

El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim otorga al tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE».

Esta nueva doctrina ya se ha consolidado en diversas sentencias posteriores (así, por ejemplo, STC, 170/2005, de 20 de junio; STC, 178/2005, de 4 de julio; STC, 186/2005, de 4 de julio; STC, 199/2005, de 18 de julio; STC, 202/2005, de 18 de julio; STC, 203/2005, de 18 de julio; y, STC, 208/2005, de 18 de julio). Reiterando esta doctrina la STC, 338/2005, de 20 de diciembre, afirma que «resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que este se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia».

Y, pretendiendo dejar claro los supuestos en los que no hay vulneración de derechos por dictar en segunda instancia sentencia condenatoria cuando en la primera instancia había sido absolutoria, esta misma sentencia del Tribunal Constitucional señala que «no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situa-

ción) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales». Este planteamiento en términos generales es correcto, sin embargo, será preciso que el Tribunal Constitucional matice el supuesto consistente en la alteración de los hechos probados cuando dicha alteración no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración, pues parece un supuesto de mezcla de valoraciones probatorias y tal caso es sumamente probable que no sea aceptable. Además, subsiste el problema de que el tribunal de apelación condena sin haber oído al acusado; es más, sin que este haya estado presente.

Sorprendentemente, todavía hoy día surgen voces que consideran absurdo el principio de inmediación y que abogan por su desaparición, considerando que la plasmación escrita de la declaración permite la valoración de la prueba con igual fiabilidad que si el tribunal hubiera «visto» y «oído» directamente al declarante. Evidentemente, este planteamiento supone una vuelta a la práctica procesal de la época de la inquisición y un desprecio por la importancia de la prueba directa y del principio de publicidad (un procedimiento escrito es un procedimiento secreto, sin publicidad). La cuestión no parece precisar ahora de un mayor desarrollo, por lo que partimos de que la prueba ha de ser valorada por aquél ante quien se desarrolla y esta operación tiene que llevarse a cabo con publicidad. Por consiguiente, partimos de la defensa del principio de inmediación³.

Esta es, sin duda, como dijimos, la posición defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, entre otras sentencias⁴, en el caso *Sigurthor Arnasson* contra Islandia⁵, la cuestión se centró en que el Tribunal Supremo (lo mismo ocurriría si hubiera sido un tribunal de apelación, pues, dicho tribunal entró en cuestiones fácticas) islandés ante un recurso contra una sentencia absolutoria, sin oír al absuelto en la instancia y sin escuchar directamente a los testigos, revocó la sentencia impugnada y lo condenó. La sentencia del Tribunal Supremo islandés se basaba «en las transcripciones que de la prueba oral se había realizado ante el Tribunal de Distrito y los documentos que constituía el procedimiento ante aquél como los informes de la policía relativos al incidente, las declaraciones de los testigos dadas a la policía en la fase de investigación, el informe de autopsia y los resultados del examen médico del fallecido al igual que los informes médicos del demandante, las fotografías del demandante, el coimputado y de otras cinco personas que estaban envueltas en la pelea y que más tarde fueron testigos en el caso, fotografías de los zapatos del demandante en la noche de los hechos y fotografías y dibujos del establecimiento donde tuvo lugar la pelea, además de otros varios documentos tales como los antecedentes penales del demandante». Ante ello, el TEDH señala que «las cuestiones sobre las que tenía que pronunciarse el Tribunal Supremo islandés para fallar la responsabilidad criminal del demandante eran predominantemente de naturaleza fáctica. Difícilmente puede admitirse que tales cuestiones sean sencillas». Por lo que, teniendo en cuenta que «al decidir en sentencia el Tribunal Supremo, no

gozaba de la situación privilegiada del tribunal inferior que sí había oído directamente al demandante (...) este tribunal no considera que las cuestiones sobre las que tenía que resolver el Tribunal Supremo para declararle culpable y condenarle —casando así la sentencia del Tribunal de Distrito— pudiesen ser examinadas, en lo tocante a un juicio justo, sin una apreciación directa de la declaración del demandante y de algunos testigos.».

Si, en consecuencia, al recurso de apelación le negamos la posibilidad de alterar el hecho probado por falta de intermediación con la prueba, lo cual es lo único correcto, entonces, ¿qué diferencia existe con el recurso de casación? Ambos son recursos que no tocan el hecho y su objeto es la aplicación del derecho (la cuestión de la ordenación del recurso en motivos es simplemente una cuestión de su estructura formal que carece de importancia). En definitiva, ambos recursos son idénticos estructural y funcionalmente.

La consideración del recurso de apelación como un recurso de plena *cognitio* no es aceptable en el marco de lo que se denomina un juicio justo, pues la apelación así entendida ha roto con los cimientos mismos del proceso: la sentencia que importa es la de apelación y esta implica una condena con base en pruebas no vistas y una lectura de lo dicho que ha sido trasladado por escrito. De manera que es preciso repensar la apelación centrándose en si mediante ella va a ser posible alterar los hechos probados.

La capacidad para redactar los hechos probados está en función de haber visto (y oído) la prueba, lo cual implica intermediación. Así pues, en principio, el único tribunal que la tiene es el del juicio. Esto supone que cualquier recurso tiene que ser indefectiblemente un recurso sobre el derecho (y no sobre el hecho).

De manera que si al recurso de derecho lo denominamos recurso de casación, y al que existe previamente lo llamamos recurso de apelación, este, por las razones indicadas sobre la intermediación con la prueba, debe consistir en la repetición total de la prueba, para que así pueda ser un recurso sobre el hecho. Ahora bien, si aquél es el modelo-tipo de la casación y, este, el modelo-tipo de la apelación, todavía quedan algunas posibilidades intermedias, como una casación ampliada o una apelación restringida, con lo que los modelos-tipos se acercan y se difuminan sus diferencias⁶.

Al respecto cabe pensar en las siguientes formas de organizar un recurso de apelación: a) un recurso pleno, de hecho y de derecho, sin realización de pruebas; b) un recurso limitado con nueva prueba que no pudo realizarse en primera instancia; c) un recurso pleno, de hecho y de derecho, con repetición completa del juicio (sin perjuicio de las estipulaciones entre la acusación y la defensa); y, d) un recurso limitado a cuestiones de derecho.

Veamos estas distintas posibilidades:

- Opción a): es inadmisibles, pues al tribunal de apelación le falta la intermediación con la prueba. Sobre esta cuestión no es necesario insistir más.
- Opción b): esta opción consiste en un recurso cuyo objeto por regla general son las cuestiones de derecho sin poder alterar el hecho probado, si bien excepcionalmente se permite que haya nueva prueba.

La amplitud de esta posibilidad de nueva prueba nos proporcionará el grado de amplitud que se concede al recurso. Puede permitirse que se practique solo *nueva* prueba: la que fue indebidamente denegada o la que por causas ajenas a la parte que la propone no pudo llevarse a cabo. O bien, también cabe que se admita la *repetición* de alguna prueba ya practicada.

A esta opción vamos a denominarla *recurso de apelación restringido*.

El problema que plantea esta opción es la relativa a su capacidad de alterar el hecho probado. Evidentemente, si se articula para que en el recurso pueda existir prueba (sobre los hechos) correlativamente debe aceptarse que, en su caso, se va a poder alterar el hecho probado. Pero, el problema surge por cuanto el tribunal de apelación solo puede valorar la prueba practicada ante él y no puede llevar a cabo una «mezcla», valorando unas y otras, pues la valoración de las de primera instancia corresponde al tribunal ante quien se han producido, es decir, el de instancia. En realidad, puede decirse que en el recurso solo podría tener efectividad una prueba absolutamente contundente que por sí sola fuera suficiente para desbaratar el hecho probado. Esto es, un supuesto parecido al actual art. 849.2 LECrim., que no sin razón se centra precisamente en una prueba documental. Por ello, dijimos que esta opción, así planteada, en realidad era por regla general un recurso sobre el derecho.

- Opción c): esta opción es respetuosa con el principio de inmediación, pues, ante el tribunal de apelación se repite por entero el juicio; por ello, es un tribunal que examina tanto el hecho como el derecho.

Críticamente, Roxin⁷ dice que en realidad no se trata de una segunda instancia, sino de una segunda primera instancia. Este recurso, que es el que en términos generales rige en Alemania, es objeto de duras críticas. Principalmente: 1) porque la mayor distancia con el hecho hace que se oscurezcan las pruebas y sea más difícil encontrar la verdad; y, 2) porque como va a haber una segunda instancia en la que se repite todo, los Jueces de la 1ª instancia no se preocupan especialmente del juicio y son más superficiales⁸. Ahora bien, también tiene sus defensores⁹.

- Opción d): aquí se trata de configurar el recurso plenamente centrado en las cuestiones de derecho. Desde luego es respetuoso con el principio de inmediación, pues la valoración de la prueba es la de primera instancia, y, por consiguiente, el hecho probado no puede ser alterado. Aquí el tribunal de apelación controla el derecho y todos aquellos aspectos que no están ligados a la inmediación; así, las ausencias y denegaciones de prueba y el control externo del razonamiento realizado en la primera instancia. El problema que plantea esta opción (como alguna otra) es la de diferenciar este recurso del de casación; ambos son recursos cuyo objeto es el mismo, exclusivamente el control del derecho. Y, si se trata de dos recursos idénticos; ¿por qué dos? La respuesta intentaremos darla al tratar el recurso de casación.

2.2. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Conviene que nos detengamos un momento y recojamos sucintamente las conclusiones que, tal vez a modo de reglas, se derivan de la doctrina del TEDH expresada en diversas sentencias:

1. La existencia de un recurso ante una instancia judicial superior a la que conoció el asunto en primera instancia, es, hoy día, imprescindible.
Al margen de ello, debe recordarse que España tiene firmado un tratado internacional que la obliga a establecer el sistema de doble instancia o, al menos, de doble examen (sobre esta cuestión no es preciso entrar ahora)¹⁰.
2. En el caso de que el Estado parte en el Convenio establezca la doble instancia, entonces el procedimiento en su conjunto debe cumplir con las garantías del artículo 6 del Convenio.

3. La primera instancia ha de realizarse mediante vista pública.
4. La segunda instancia ha de realizarse mediante vista pública, si bien, caben excepciones o matizaciones:
 - a) Es admisible un trámite previo que filtre la posibilidad del recurso de apelación, en cuyo caso, tal trámite no requiere vista pública y puede realizarse mediante conclusiones escritas.
 - b) Cuando el recurso se restringe a la fundamentación jurídica y no al examen de los hechos, la cuestión puede ser resuelta por escrito sin vista pública. Salvo cuando la sentencia que resuelve el recurso condena al recurrido, pues, en tal caso sería exigible la presencia del acusado y que fuera oído; y ello implica una vista pública.
5. El examen de los hechos requiere inmediación entre el juzgador y las pruebas y, por ello, cuando el recurso abarca el conocimiento de los mismos debe, en todo caso, establecerse, mediante vista pública, una nueva y total audiencia.
6. El recurso de casación circunscrito a las cuestiones de derecho no precisa de la vista pública ni de que el acusado comparezca personalmente y sea oído por el tribunal. No obstante, la vista pública supone una mayor garantía en orden a la defensa de los derechos fundamentales.

El examen de los hechos parece que exige seguir la técnica del reenvío.

2.3. La Ley de Enjuiciamiento Criminal

La LECrim. original no preveía ningún recurso de apelación contra sentencias (salvo en el caso de las faltas). El que fue introducido, posteriormente, contra sentencias en delitos menos graves realmente nada decía sobre la capacidad del tribunal *ad quem* de alterar el hecho probado, pero, sin embargo, sin razón alguna, siempre fue entendido como un recurso de plena jurisdicción que abarcaba tanto el hecho como el derecho. Ya dijimos que esta solución es inaceptable.

En la actualidad, cabe interponer recurso de apelación contra sentencias:

1. En el procedimiento abreviado (art. 790 LECrim.):
 - Sentencias dictadas por el Juez de lo Penal: apelables ante la Audiencia Provincial.
 - Sentencias dictadas por el Juez Central de lo Penal: apelables ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
2. En el enjuiciamiento rápido (art. 803 LECrim.):
 - Sentencias dictadas por el Juez de lo Penal: igual que en el supuesto anterior, es decir, conforme a lo establecido en los art. 790 y ss. LECrim.
3. En el juicio por jurado [art. 846 bis a) LECrim.]:
 - Sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado (en el ámbito de la Audiencia Provincial): apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.
4. En el juicio de faltas (art. 976 LECrim.):
 - Sentencias dictadas por el Juez de Instrucción: apelables ante la Audiencia Provincial conforme a lo establecido en los arts. 790 y ss. LECrim.

A esto debemos añadir que la LOPJ también establece que en el caso de los juicios de faltas, si la sentencia la dicta el Juez de Paz cabe recurso de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción o ante el Juzgado de Instrucción (art. 87.1.e), y que si la sentencia la

dicta un Juez de Violencia sobre la mujer el recurso de apelación puede interponerse ante la Audiencia Provincial (art. 82.1.4º).

2.4. La futura reforma

Veamos sucintamente la futura reforma que recoge el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal (publicado en el BOCG, serie A, 27 de enero de 2006, nº 69-1).

Recursos

En relación con las sentencias, en términos generales, se establece un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (cuando el órgano *a quo* es el Juez de lo Penal) y ante los tribunales superiores de justicia (cuando el órgano *a quo* es la Audiencia Provincial, tanto se trate de procedimiento abreviado como en el procedimiento ordinario). Cuando es la Audiencia Nacional los recursos los conocerá la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, según los casos.

Práctica de prueba

En lo que ahora interesa, esto es, respecto de la práctica de prueba en segunda instancia es preciso distinguir dos supuestos: la práctica de nuevas pruebas y la reproducción de la ya practicada.

En cuanto a las nuevas pruebas, solo caben las que versen sobre hechos nuevos, las que no se pudieron proponer en la primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables a la parte que lo solicita.

En relación con las pruebas ya practicadas, el recurrente puede solicitar la reproducción de la grabación de la prueba practicada (la que especialmente le interese) en la primera instancia.

En definitiva, se trata de un *recurso de apelación restringido*, con escasas posibilidades de práctica de prueba en segunda instancia y que, en consecuencia, tendrá como objeto el control de la aplicación del derecho. Y, en relación con los hechos únicamente podrá controlar aquellos aspectos que no dependen de la inmediación, como por ejemplo: el razonamiento lógico de la sentencia, la validez de las pruebas (que no hayan sido ilegalmente obtenidas), su suficiencia (esto es discutible y discutido), además de los aspectos que se engloban bajo la denominación de «quebrantamientos de forma».

Así pues, se parte del respeto a la inmediación y con ello a la idea de que solo es posible controlar los aspectos externos o periféricos de la valoración de la prueba, pues esta, en sí misma, no es revisable, sino que solo es repetible.

La solución acogida es correcta en cuanto que, como dijimos, se respeta la inmediación¹¹. Sin embargo, más discutible es aquél aspecto en el que se deja un portillo abierto, tanto para la práctica de nueva prueba como en cuanto a la prueba ya practicada. La práctica de nueva prueba, como dijimos, lleva consigo los problemas derivados de la mezcla de la valoración de la nueva junto con la valoración de la ya practicada en primera instancia, lo cual solo será admisible si se interpreta en la forma restrictiva a que antes aludimos. En relación con las posibilidades arbitradas respecto de las ya practicadas, los problemas se presentan respecto a la posibilidad de visionar la prueba practicada.

Cabe pensar que si esta posibilidad se introduce en la ley es por que se piensa que, mediante dicha práctica, podrá revalorarse la declaración testifical o el informe pericial y, en consecuencia, alterarse el hecho probado. Sin embargo, esta interpretación ha de tomarse con cierta reserva, pues, no es lo mismo recibir una declaración (interactiva) que verla en un televisor una vez conclusa. Por ello, Schünemann¹² hace hincapié en la desventaja del juez de segunda instancia que no está en condiciones de poder hacer al testigo preguntas adicionales o críticas; señala que es importante que la parte indique cuáles eran las preguntas decisivas o que no se le hicieron las reservas precisas y que tal interrogatorio defectuoso impide otorgarle fuerza probatoria a dicha declaración; es lo que este autor denomina «impugnación por no haberse agotado el medio de prueba en la primera instancia». Pero, claro, dicho autor no piensa que el tribunal de segunda instancia que no ha visto ni oído el resto de la prueba, pueda con el solo visionado de la prueba impugnada alterar el hecho probado, sino que él menciona dos soluciones: que el Juez de la segunda instancia decida tomar declaración nuevamente al testigo o revocar la sentencia y remitir nuevamente la cuestión a la instancia «para realizar una completa producción de la prueba agotando todos los medios existentes». La primera solución, como ya dijimos, tiene los problemas derivados de la mezcla de valoraciones de prueba (por el tribunal de instancia y el del recurso), pero la segunda solución es correcta y supone reconocer que el tribunal de los hechos es el de primera instancia y el recurso solo puede ejercer un cierto control.

Además, no debe olvidarse que una condena fundada en el visionado de un vídeo puede afectar al principio de publicidad.

No obstante, también puede pensarse, dada la defectuosa redacción, que el permitir en la segunda instancia el visionado de la prueba grabada tiene como único objeto el que el tribunal de apelación pueda conocer las pruebas practicadas en la instancia a los solos efectos de decidir sobre su suficiencia, cuando ante él se alega el quebrantamiento de la presunción de inocencia. En otras palabras, el visionado serviría para constatar las pruebas realizadas y su suficiencia; en este sentido, cumple un papel equivalente a la lectura del acta del juicio oral. Esta interpretación, perfectamente admisible dada la redacción legal, lleva a una consecuencia, en principio correcta: el visionado no persigue que el tribunal de apelación valore la prueba de instancia y condene con base en ella, sino que la examine a los solos efectos de su suficiencia frente al derecho a la presunción de inocencia. Dijimos que esta interpretación en principio era correcta, y solo en principio, por cuanto subsiste la cuestión de la valoración de la prueba practicada en la instancia a los efectos de su suficiencia y, ya dijimos, que esa posibilidad era —al menos— discutible.

Ahora bien, todo lo señalado no altera la conclusión que anteriormente indicamos: se trata de un recurso de apelación restringido.

¿Segunda instancia cuando se produce una condena en apelación?

La reforma no lo prevé, pero ¿debe existir un sucesivo recurso de apelación en caso de condena en la apelación? ¿qué hacer en caso de condena en segunda instancia? Se trata de aquellos supuestos en los que una persona ha sido absuelta en primera instancia y la sentencia es objeto de recurso, de manera que el tribunal de apelación revoca la sentencia y condena al acusado. En este caso, ¿debe existir una nueva instancia para revisar esta condena que realiza el tribunal de segunda instancia? Este es, en esencia, el caso examinado por el Comité de Derechos Humanos en el Dictamen de fecha 26 de agosto de 2005

(Comunicación 1095/2002), en el que afirmó que «el art. 14 párrafo 5 no solo garantiza que el juicio sea visto ante un tribunal superior, como ha sucedido al autor en el presente caso, sino también que la condena sea sometida a una segunda revisión, lo que para el autor no ocurrió en el presente caso. Aunque una persona acusada en primera instancia pueda ser condenada en apelación por el tribunal superior, esta sola circunstancia no puede afectar el derecho del acusado a la revisión de su condena y sentencia por un tribunal superior, si no existe reserva por el Estado parte», por lo que el Dictamen concluye considerando que ha existido violación del art. 14 párrafo 5 del Pacto.

Ahora bien, conviene recordar que el Protocolo 7¹³ al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), después de establecer (art. 2) el derecho de toda persona culpable al reexamen de la declaración de culpabilidad o de la condena por un tribunal superior, señala una serie de excepciones a este reexamen, como son: los casos en los que se trate de infracciones de carácter menor definidas por la ley; los casos en los que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el tribunal superior; y los casos en los que el interesado haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución.

3. EL DISEÑO DE UN NUEVO RECURSO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Planteamiento

Como dijimos, debemos encontrar la razón o el fundamento de cada recurso o, en su caso, de su ausencia; también será preciso reparar en el objeto de los mismos para poder observar o suponer su funcionamiento.

El recurso de casación¹⁴ nace históricamente como una consecuencia de las ideas de la Revolución francesa (mediante la ley de 27 de noviembre -1º de diciembre de 1790), fundado en una razón puramente política¹⁵: la defensa de la ley frente a las alteraciones que pudieran introducir en ella los tribunales de justicia. De esa manera, con tal recurso el poder legislativo protegía la ley frente al poder judicial. Tanto era así que solo podía recurrir el Ministerio Público.

Posteriormente aparecerán otras razones de ser del recurso de casación que se fueron asociando a este y se fue perdiendo su concepción originaria. Hoy día suele decirse que la cuestión se centra en considerarlo un recurso cuyo objeto principal es lograr la uniformidad en la aplicación del derecho, o bien como un recurso en el que lo que prima son los derechos de los particulares en el caso concreto. También se defiende una postura que pretende aglutinar las dos posiciones, pues considera que con el recurso de casación se trata de cumplir ambas finalidades; así, Boré¹⁶, centra las funciones del juez moderno de casación en «el control de la aplicación de la ley, el control de la interpretación y el control de la motivación». Sobre estas diversas opciones me referiré más adelante.

Lo cierto es que, premeditadamente o no, el recurso de casación y con él el Tribunal Supremo, fue ahogándose en un marasmo de problemas insignificantes y en una agotadora jurisprudencia reiterativa, altamente inoperante, en la que, desde luego, el único interés visible era la solución del caso concreto sin proyección alguna de generalización, de abstracción, y de futuro. El Tribunal Supremo fue, cada vez más, transformándose en un tribunal ordinario que resolvía cuestiones ordinarias y que se rodeaba de un complejo léxico formalista¹⁷. El Tribunal Supremo era una instancia como cualquier otra y razonaba como cualquier tribunal de carácter ordinario.

En la actualidad, la cuestión no resiste más ni puede degradarse el carácter de «Supremo» al mero hecho de recibir asuntos (los que el legislador decida) de las distintas partes del país. La reforma procesal ya prevé una segunda instancia, por lo que el Tribunal Supremo (y el medio de llegar a él: el recurso de casación) es, o debe ser, otra cosa. No podemos transformar el Tribunal Supremo en una tercera instancia, idéntica a la segunda. ¡No nos escudemos en la cuestión nominalista! De nada sirve decir que en un caso se trata de un recurso de apelación y en el otro de un recurso de casación, cuando su objeto es idéntico.

3.2. Características diferenciales

Como vimos, el nuevo recurso de apelación es un recurso de apelación restringido que principalmente tendrá por objeto la aplicación del derecho (y en muy escasa medida cabrá prueba y, correlativamente, alteración del hecho probado). Igual ocurre con el recurso de casación, pues también es y será un recurso sobre el derecho. ¿Quiere esto decir que vamos a tener tres instancias, de las cuales dos serán dedicadas a recursos idénticos? Evidentemente, es preciso encontrar una forma de organizar el sistema de recursos para que este guarde coherencia interna. La acumulación sucesiva de recursos idénticos carece de sentido.

¿Cuál es la nota o característica diferencial que debe reconocerse y otorgarse al recurso de casación? (el nombre del recurso es indiferente. Procede de que es un recurso que casa o anula la sentencia recurrida y la reenvía. En el sistema español, no siempre existe el reenvío; pero lo cierto es que la misma posibilidad de casar, esto es, de anular la sentencia, tiene tanto un recurso de casación como uno de apelación). La respuesta es que es un recurso ante el Tribunal Supremo. Ahí está la diferencia y de ella se deben extraer todas las consecuencias.

El art. 123.1 de la Constitución establece que «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». ¿Qué consecuencias exige el desarrollo de este precepto constitucional? Este precepto nos dice que el Tribunal Supremo es el órgano supremo y superior en todos los órdenes¹⁸. Esto implica que el legislador no puede restringir su competencia. Dicho de otra forma, ¿podría el legislador establecer por ejemplo que la competencia en el ámbito penal del Tribunal Supremo es el conocimiento de recursos respecto de sentencias recaídas en materia de faltas, cualquiera que sea el tribunal del Estado de que proceda? ¿Podríamos decir que de esa forma se cumple con que el Tribunal Supremo sea el órgano superior? ¿Basta con que algunos asuntos puedan proceder de todo el Estado? La respuesta tiene que ser que, sin duda, ahí no radica la clave de la cuestión. La clave está delimitada por dos características: a) ser el tribunal que dice la última palabra sobre el asunto; y, b) *poder serlo* (poder ser tribunal) en todo tipo de asuntos. Ahí se encuentra el contenido esencial del precepto constitucional. Y además el legislador no puede variar a su antojo dicho contenido. ¿Puede el legislador desapoderar de *facto* al Tribunal Supremo de su carácter de superior en todos los órdenes jurisdiccionales, mediante la restricción del ámbito competencial de dicho tribunal? Desde luego, la respuesta ha de ser negativa. En la actualidad, no es así, es decir, el ámbito del recurso de casación no se encuentra establecido sobre estas premisas, pero, en el futuro recurso de casación (o recurso ante el Tribunal Supremo) será preciso partir de ellas.

Así pues, recordemos que el sistema de enjuiciamiento penal debe estructurarse sobre dos instancias: una de juicio y otra de recurso (la reforma de la instrucción ya la trataremos en

otra ocasión). Ahí termina el sistema penal; y al margen, y con otra visión diferente, se encuentra el recurso ante el Tribunal Supremo.

Dejando a un lado la característica relativa a que sus sentencias son firmes, pues contra ellas no cabe otro recurso (dejemos ahora la delimitación frente a los recursos de amparo), tenemos ya una cuestión importante: que su ámbito ha de ser total, es decir, cualquier cuestión de carácter penal que haya terminado por sentencia (ahora no entramos en la cuestión de los autos) y respecto de la que ya no quepa recurso deberá poder ser susceptible de ser examinada por el Tribunal Supremo.

Junto a ello, hemos de admitir que tal premisa implica *necesariamente* otra: es necesario aceptar que el Tribunal Supremo no puede dar respuesta a todo.

Así pues, a mi juicio, el recurso en materia penal ante el Tribunal Supremo debe delimitarse conforme a las siguientes características: a) es un recurso de derecho; es decir, su examen abarca todo lo que no sea consecuencia de la inmediación; b) su ámbito es completo; es decir, su ámbito competencial solo se restringe por la materia (ámbito penal) y porque se trate de sentencias respecto de las que ya no cabe recurso. El recurso puede ser interpuesto contra cualquier sentencia (que reúna esas circunstancias) dictada por cualquier tribunal del Estado y cualquiera que sea el problema que se plantee. Desde este punto de vista, el recurso no es necesario que se encorsete en falsas clasificaciones de quebrantamiento de forma o infracción de ley, ni en vías impugnatorias distintas¹⁹.

Aceptando las características indicadas, todo lo demás que sea preciso desarrollar ha de ajustarse a ellas. Esto significa, entre otras cosas, que si se trata de un recurso con un ámbito tan amplio y, evidentemente, el Tribunal Supremo no puede examinarlo todo, la consecuencia de estas dos premisas es que es preciso que se le dote de un sistema muy flexible de admisión. Ha de repararse en que el enjuiciamiento penal ya concluyó, hubo (además de instrucción) instancia y recurso, por lo que el criterio para que el Tribunal Supremo examine un asunto no puede ser ni si ha existido o no un quebrantamiento de forma ni una infracción de ley, ni una discrepancia entre tribunales, sino *el interés y la importancia* de la cuestión.

No es deseable imaginar unos tribunales superiores de justicia en apelación diciendo lo mismo que el Tribunal Supremo en casación sobre el *animus necandi*, sobre si la prueba estuvo bien o mal denegada, etc. Está bien que exista un control sobre todo ello, es decir, sobre estas cuestiones, pero para eso ya está el recurso de apelación. El recurso ante el Tribunal Supremo, por fuerza, tiene que ser otra cosa.

Es preciso añadir el efecto vinculante de sus decisiones. Vinculación no solo con relación al caso concreto, sino frente a todos los tribunales.

Por último, también sería preciso analizar si entre las características del Supremo también se encuentra la de tener capacidad para avocar cualquier asunto a su conocimiento, si bien no entramos en este momento en el desarrollo de esta cuestión.

3.3. Funciones

Cuando se reflexiona sobre el recurso de casación, suele plantearse la diferenciación entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, para afirmar que en dicho recurso tiene prevalencia el *ius litigatoris*; aunque se añada que en su concepción originaria la función casacional estaba regida por el *ius constitutionis*²⁰.

Sin embargo, a nuestro juicio, esa situación pone precisamente de manifiesto que el recurso de casación tal como se concibe (en la actual LECrim.) no está diseñado para un sis-

tema penal en el que ya ha existido instancia y apelación. Ahí no cabe un recurso presidido por la función de protección del *ius litigatoris*. Sin duda, debe prevalecer la idea del interés público de la defensa de la ley (en el sentido que luego diremos, y no en el sentido que normalmente se asigna al *ius constitutionis*), sin perjuicio de que el interés del particular sea el vehículo utilizado para la defensa de aquél interés. El *ius litigatoris* ya ha sido satisfecho y garantizado con la instancia y la apelación; el recurso ante el Tribunal Supremo debe tener otro fundamento y cumplir otra función.

En efecto, a la casación se le atribuyen diversas funciones, que se centran en las siguientes: la función nomofiláctica (defensa de la Ley)²¹ y la función de protección de los intereses de los particulares²². Ahora bien, la función de protección de los intereses de los particulares supone que si la necesidad de protección existe, el Tribunal Supremo debe intervenir. Otro tanto sucede con la función nomofiláctica —al menos en la manera en que se viene entendiendo—, pues se considera precisa la intervención del Tribunal Supremo en todos los casos en los que se aprecie una interpretación indebida o incorrecta del Derecho.

Sin embargo, no es esta nuestra visión de lo que debe ser un recurso ante un Tribunal Supremo. Este recurso tiene una clara función social de defensa de los intereses generales que podemos fraccionar: el recurso le permite al Tribunal Supremo, por una parte, determinar los valores en los que descansa el ordenamiento jurídico y, por otra parte, dirigir la política judicial jurisdiccional. De ahí que su intervención pueda y deba ser discrecional y muy selectiva.

Frente al sistema de pregunta-respuesta, es decir, pretensión del particular-respuesta de los tribunales que debe existir en la instancia y en la apelación, en el recurso ante el Tribunal Supremo es preciso superar esa ecuación y partir de que, ante este tribunal, las más de las veces existirán preguntas sin respuesta e, incluso, respuestas que tengan solo una relación tangencial con las preguntas que las provocaron.

4. EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN LA FUTURA REFORMA PROCESAL

La decisión política respecto a la elección de un determinado sistema para el recurso ante el Tribunal Supremo, afecta directamente al objeto del recurso. En esta cuestión el legislador no es completamente libre de elegir el sistema que más le guste, sino que está sujeto a ciertos parámetros que establece la Constitución y de los que no puede sustraerse: el legislador ha de elegir un sistema que permita y posibilite el cumplimiento del art. 123 de la Constitución. Esto implica que el legislador ha de diseñar un recurso ante el Tribunal Supremo que permita que este sea «supremo» y «superior», con el contenido que estas especiales características tienen y a las que ya nos hemos referido.

De manera que la elección del sistema viene impulsado por la necesidad de que, cualquiera que sea el sistema elegido, el Tribunal Supremo debe reunir tales características. De no ser así, el sistema no sería acorde con la Constitución²³.

¿Estamos ante un Tribunal que revise la formación del hecho probado? ¿Se trata de un recurso que solo examine la subsunción? ¿Solo debe actuar en caso de una contradicción entre sentencias de los tribunales inferiores? Las preguntas pueden multiplicarse; sus respuestas nos mostrarán cual será el objeto de ese recurso y cual será el rendimiento que pueda esperarse de este.

El objeto del recurso de casación ha pasado por diversas etapas desde su creación original francesa²⁴: de no poder los jueces interpretar la ley hasta su interpretación y el examen de la for-

mación del hecho en lo que no dependa de la intermediación. El siguiente paso, el actual, es determinar el objeto de este recurso cuando se lo configura como «de unificación de doctrina.»

Examinemos ahora cuales son las líneas maestras de la futura reforma.

4.1. Ámbito

En cuanto al ámbito, está previsto que quepa interponer el recurso de casación contra (nuevo art. 847 LECrim.):

- Las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia en causas seguidas por delito por las audiencias provinciales (téngase en cuenta lo que diremos al respecto a continuación), por la Sala de lo Penal y por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.
- Las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia.
- Las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala del Tribunal Superior de Justicia prevista en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Menores: se remite a la LORPMenores (es decir, unificación de doctrina).
- Vigilancia penitenciaria: se remite a la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ (es decir, unificación de doctrina).

Este ámbito viene a cubrir casi todas las posibilidades en la jurisdicción penal, pero no se puede afirmar que toda sentencia que ya ha tenido previamente otro recurso sea susceptible de ser recurrida ante el Tribunal Supremo. La cuestión se centra en la recurribilidad de las sentencias dictadas por las audiencias provinciales. En efecto, pues en el proyecto de reforma se establece que, en este caso, solo cabrá recurso de casación cuando se hubiere impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente, superen los tres años.

Este planteamiento, que gira alrededor de la pena efectivamente impuesta, implica que el límite a partir del cual la sentencia es recurrible se establece en razón a la pena concreta. Esta forma de concretar el límite tiene el inconveniente de que la determinación de si el asunto tendrá o no recurso de casación, queda en manos del órgano *a quo*; estos podrán tener en cuenta que su sentencia será revisable o no por el Tribunal Supremo en función de la pena que efectivamente impongan.

El sistema es bastante imperfecto y más correcto es considerar que el límite debería establecerse en función de las penas legalmente establecidas, con independencia de las efectivamente impuestas. Dicho sucintamente, el criterio limitador debe ser la pena abstracta y no la pena concreta. Así lo entendió el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sesión del 24 de enero de 2006; posteriormente, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo aprobó el informe que recogía las observaciones que dicho Pleno había acordado respecto a la futura reforma del recurso de casación.

Tanto el PSOE como el PP han presentado enmiendas al Proyecto de Ley dirigidas a modificar el indicado límite. En dichas enmiendas el límite se establece en función de la pena legalmente prevista. Es decir, sistema de pena abstracta y no de pena concreta.

4.2. Motivos

Los motivos previstos son los siguientes (nuevo art. 848 LECrim.):

- Contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrina del Tribunal Constitucional.

- Contradicción de la sentencia impugnada con otra sentencia dictada en segunda instancia por las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales o Audiencia Nacional, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelva la alegada contradicción.

En todo caso, la contradicción alegada deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida. Y, además, la contradicción solo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales.

En definitiva, el recurso requiere evidenciar una contradicción con lo argumentado o decidido en alguna otra sentencia, o una ausencia de jurisprudencia sobre la cuestión sometida a debate. Sobre esta cuestión, que en definitiva, conforma el objeto de este recurso, volveremos más adelante, por lo que nos remitimos a lo que allí diremos.

4.3. Inadmisión

La inadmisión está reglamentada y se hace conforme a las siguientes causas (nuevo art. 884 LECrim.):

- Cuando se interponga por motivos distintos de los enumerados en el artículo 848 y que fueron alegados en el escrito de preparación del recurso de casación.
- Cuando se interponga contra resoluciones distintas de las comprendidas en el artículo 847 y especificadas en el escrito de preparación del recurso de casación.
- Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquellos.
- Cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición.
- Cuando carezca manifiestamente de fundamento.
- Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

4.4. Visión general

Así pues, el nuevo recurso de casación se estructura sobre las siguientes bases:

a) Su objeto: el Derecho

Es un recurso sobre el Derecho. En el Tribunal Supremo no cabe en modo alguno discutir cuestiones de hecho. Por ello, expresamente, se consigna como causa de inadmisión (que, en su caso, se transforma en causa de desestimación), «cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados»; y, además, durante la vista (cuando la hubiera) la ley obliga al Presidente a no permitir «discusión alguna sobre la existencia de los hechos consignados en la resolución recurrida y llamará al orden al que intente discutirlos, pudiendo llegar a retirar la palabra» (nuevo art. 897 LECrim.).

Evidentemente, esto debe interpretarse en el sentido de que el tribunal puede entrar en todo aquello que no está alcanzado por la intermediación de la prueba. En otras palabras, en relación con las pruebas solo cabe impugnar la estructura racional de la motivación expresada en la sentencia recurrida, esto es, si han sido infringidas las normas de la lógica, las máximas de la experiencia o se han desconocido los conocimientos científicos.

De manera que este recurso solo puede tener por objeto: a) los problemas de interpretación de la ley; b) los problemas de subsunción del hecho; y, c) los problemas de la determi-

nación del hecho que no requieran una repetición de la prueba bajo la aplicación de los principios de oralidad e intermediación.

b) **Base**

Es un recurso de base amplia por cuanto cabe que puedan ser recurridas todas las sentencias del ámbito penal de segunda instancia.

Incluso en el juicio de aforados ante el Tribunal Supremo está prevista la posibilidad de una segunda instancia²⁵.

c) **Razones para recurrir**

Nos encontramos ante un recurso que, en principio, se encuentra limitado a una serie de motivos. Se estructura de manera formal, sin embargo, si reparamos en la serie de motivos que se prevé, cabe decir que es posible interponer el recurso por cualquier razón referida al objeto de este recurso, es decir, a la aplicación del derecho (no a los hechos). De manera que el formalismo es más aparente que real. Por ello, podemos decir que es de carácter flexible y apto para poder alegar y argumentar cualquier razón por la que se considere mal aplicado el derecho; esto constituye un avance muy importante en la configuración de este recurso.

El primer motivo previsto es el de contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin entrar ahora en que este motivo dará para discutir alrededor de las fuentes del Derecho, lo cierto es que proporciona una gran amplitud de posibilidades a la hora de impugnar una sentencia y argumentar la existencia de una indebida aplicación del derecho. Lo mismo ocurre con el motivo basado en la alegación de que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con ese punto. Por el contrario, el motivo basado en la existencia de contradicción con otras sentencias, es más complicado de preparar y tiene un ámbito más estrecho, pero estos supuestos seguramente son reconducibles a los otros dos motivos a los que nos acabamos de referir (contradicción con la jurisprudencia o inexistencia de la misma).

Podíamos decir que innecesariamente se encorsetan formalmente los motivos, dando una apariencia que no se compagina con la realidad. Afortunadamente, nos encontramos ante un recurso de amplio espectro, por el que es posible plantearle al Tribunal Supremo cualquier cuestión relativa a la aplicación del Derecho.

d) **Formalismos**

d.1 **Presencia del acusado**

No está prevista la presencia del acusado. ¿Puede transformarse una sentencia absolutoria en otra condenatoria sin que el tribunal (en este caso el Tribunal Supremo) haya oído al acusado? Dada la estructura de este recurso en el que los hechos probados son intocables, la respuesta sería que es posible, pero bastante improbable. Si los hechos no se alteran, difícilmente unos hechos sobre los que se funda una sentencia absolutoria, van a poder sustentar una sentencia condenatoria.

Lo dicho es aplicable a todo recurso en el que su objeto es el derecho, por lo que en gran medida es aplicable también al recurso de apelación restringido. La conclusión —que no decimos que sea incorrecta— es que las sentencias absolutorias difícilmente son recurribles contra reo.

d.2 **Vista**

Se deja en manos del Tribunal Supremo la decisión sobre si el recurso se tramitará con vista o sin ella. Es decir, no se establecen supuestos rígidos en los que necesariamente habrá

vista. El criterio es que habrá vista cuando el Tribunal Supremo considere que existe un «interés relevante» (nuevo art. 882 bis LECrim.).

Además, cuando el Tribunal Supremo decida que se va a celebrar vista, «señalará los puntos sobre los que versará el acto» (nuevo art. 882 bis LECrim.). Esta disposición permitirá que la vista sea más ágil y que se centre, dentro de lo impugnado, en solo aquella o aquellas cuestiones que al Tribunal le han resultado dudosas o atractivas, teniendo ocasión el recurrente de profundizar en lo que va a ser la clave de la decisión.

Más aún, cuando alguna cuestión no ha quedado suficientemente desarrollada por alguna de las partes, el Presidente de la Sala puede solicitar «un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida» (nuevo art. 897 LECrim.).

Estas posibilidades que la reforma incorpora permitirán, como digo, una mayor agilidad y concreción en los debates, pudiéndose centrar la cuestión en aquello que el Tribunal Supremo realmente considera dudoso o de relevancia en relación con el recurso interpuesto.

Cuando no exista vista, el recurso será un recurso de carácter escrito y la publicidad se obtendrá mediante el depósito de la sentencia.

e) Inadmisión

Aquí es donde debería estar una de las claves de la reforma. Si la premisa de la que se parte es que toda sentencia de segunda instancia es recurrible ante el Tribunal Supremo, basta con realizar una sencilla operación aritmética para conocer el volumen de recursos que van a entrar en este tribunal. Esto provoca que, evidentemente, el Tribunal Supremo no pueda absorber tal volumen de recursos y la única manera de funcionar es con un fuerte filtro que impida el paso de todos aquellos recursos respecto de los que no es preciso que el Tribunal Supremo se pronuncie.

Se trata de aplicar discrecionalmente criterios de *oportunidad*. Recordemos nuevamente que nos encontramos ante un sistema de justicia penal en el que ya ha existido (una instrucción y) dos instancias, por lo que no se trata o no debe tratarse de implantar un recurso ante el Tribunal Supremo con los mismos criterios. Únicamente tiene sentido el sistema si el recurso ante el Tribunal Supremo se elabora con otra fundamentación, otro objeto y otra finalidad distinta a la de los recursos de segunda instancia. Esto implica que en la inadmisión se pueda funcionar con criterios de oportunidad que evalúen *el interés y la importancia* del asunto, en el sentido anteriormente indicado.

En otras palabras, a la vista de la nueva regulación, podemos decir que las causas de inadmisión son reconducibles a dos grupos: las basadas en razones formales y las de fondo; estas son la versión negativa de los criterios de estimación de un recurso de casación.

La reforma no innova en esta cuestión. No hay criterios de oportunidad, salvo lo que se interprete que puede dar de sí la causa de inadmisión basada en la ausencia de fundamento; no obstante, en realidad, esta causa va centrada en la ausencia de fundamento del recurso y no en la falta de interés del mismo. Así pues, será difícil que pueda existir una respuesta en la admisión / inadmisión que sea ágil.

El problema se encuentra, a nuestro juicio, en que la reforma parte de considerar que el recurso ante el Tribunal Supremo es el recurso de casación y elabora o introduce algunos cambios, pero siempre bajo ese presupuesto de partida.

Sin embargo, a nuestro modo de ver ese presupuesto solo tiene razón de ser si la casación se incorpora al sistema como recurso único. Es decir, en un sistema de justicia penal de única instancia y con un recurso de derecho que es la casación.

Pero, las cosas no son así. La reforma introduce una segunda instancia (recurso básicamente de derecho) y entonces el recurso ante el Tribunal Supremo necesariamente ha de ser diseñado de otra manera. A ello ha de unirse que nos encontramos con la Constitución que considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos órdenes, lo que significa, entre otras cosas, que el legislador tiene que respetar que tal definición sea efectiva.

A mi modo de ver es preciso partir de esta diferencia de presupuesto y obtener las consecuencias en su desarrollo. El Tribunal Supremo ha de ser un tribunal que ha de poder funcionar y ha de poder hacerlo con criterios de oportunidad. Dicho de otra manera, la idea de que el Tribunal Supremo ha de contestar en todo caso, bien inadmitiendo o, si se admite, estimando o desestimando el recurso, y basándose siempre en causas estereotipadas, es una idea que es preciso superar. Eso de que si la causa es a) el Tribunal Supremo siempre ha de decir a), no es el planteamiento adecuado. El Tribunal Supremo ha de ser el que decida en qué materias entra a conocer y en cuáles no, de manera que ante una causa a) en una ocasión puede decir a) y no volver a entrar en el problema en los restantes recursos. Evidentemente esto implica una vinculación absoluta de la jurisprudencia con relación a los demás tribunales.

La cuestión y su enfoque también tienen su proyección formal. ¿La inadmisión debe motivarse y adoptar la forma de auto? Así aparece en el proyecto de reforma (nuevo art. 888 LECrim.).

Sin embargo, lo cierto es que si partimos de configurar el recurso ante el Tribunal Supremo en la forma en la que lo hacemos, la motivación —en términos generales— carece de razón de ser y se impone la inadmisión por providencia, es decir, inmotivadamente. En efecto, debemos partir de que ya han existido dos instancias previas y, por consiguiente, se ha cumplido con el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva. A ello ha de añadirse que lo esencial en el recurso ante el Tribunal Supremo no es la corrección o incorrección de la resolución recurrida ni la prosperabilidad o improsperabilidad del recurso planteado. Para ello ya están las instancias previas. Lo importante en el momento de la admisión/inadmisión del recurso, no es por qué no se admite el recurso sino el hecho de que la parte ha expuesto el asunto de tal manera que ha motivado al Tribunal Supremo para que lo considere de importancia como para que exista una sentencia sobre la cuestión presentada.

Dicho de otra forma, superado el sistema de pregunta-respuesta, lo importante no es por qué no hay respuesta; esto carece de interés. Lo realmente relevante es que exista una respuesta, es decir, una decisión sobre alguna de las cuestiones que en el recurso se plantean. Por ello, la motivación de la inadmisión carece de razón de ser. Por último, conviene insistir en que la falta de respuesta (la inadmisión mediante providencia inmotivada) no es una denegación de justicia, que obstaculice el interés y el derecho de la parte a obtener la tutela judicial efectiva; pues basta con recordar que todo ello ya se obtuvo con las dos instancias previas.

El informe del Pleno de la Sala Segunda de 24 de enero de 2006, al que ya nos hemos referido, mantiene que la inadmisión debería poder llevarse a cabo mediante una providencia, es decir, sin motivación. Existe una enmienda del PSOE al nuevo art. 888 LECrim. en la que viene a establecerse que la inadmisión podrá acordarse mediante una «providencia sucintamente motivada».

f) Relación con los tribunales superiores de justicia

La relación con los tribunales superiores de justicia es sencilla: sus sentencias pueden ser recurridas ante el Tribunal Supremo. Y tal y como se encuentran diseñadas las causas para

fundamentar un recurso de casación, es factible no solo por contradicción entre sentencias procedentes de estos Tribunales, sino que también cabe interponer el recurso por contradicción con la jurisprudencia. Como dijimos, en realidad un recurso de casación puede ser fundamentado en cualquier razón que suponga una indebida aplicación del derecho.

5. RECURSOS CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Llegados a este punto es preciso preguntarnos sobre los recursos contra las sentencias absolutorias.

La cuestión relativa a la posibilidad de recurrir sentencias absolutorias es muy polémica. Dados los márgenes que puede tener por objeto un recurso de tales características es fácil comprender que dicha posibilidad es muy reducida. Como es sabido, cuando un recurso tiene como objeto la aplicación del derecho, se ha de partir de una inalterable declaración de hechos probados y solamente cabe discutir la aplicación del derecho que haya sido realizada respecto de dichos hechos. Evidentemente, en dicho recurso no es posible examinar la prueba, pues, solo cabe analizar la irracionalidad o racionalidad de la apreciación de la prueba realizada y, ello siempre con respecto al principio de intermediación, lo que implica que la credibilidad del testigo es una cuestión de hecho que —salvo supuestos excepcionales de irracionalidad— corresponde al tribunal de los hechos. La consecuencia de este planteamiento es que una sentencia absolutoria es difícilmente recurrible con éxito. Hay ordenamientos jurídicos que directamente consideran que son irrecurribles²⁶. No debe olvidarse que en esta materia se presenta muy entrelazada la cuestión de la prohibición del *non bis in idem*, pues también es discutible que debido a un quebrantamiento de forma sea admisible la celebración de un segundo juicio. Es decir, la técnica del reenvío tampoco puede ser utilizada en todos los supuestos.

Legitimación de la acusación

Al respecto es preciso tener en cuenta que la acusación no puede invocar la presunción de inocencia. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia es un derecho del particular frente al Estado y, en consecuencia, no compete a la acusación. Además, no supondría la invocación del principio de presunción de inocencia sino su inverso: cuando la acusación pide la condena de una persona absuelta, precisamente lo que hace es afirmar que dicha persona no debe ser considerada inocente.

Tal derecho a una presunción de inocencia invertida no existe.

El Tribunal Supremo defiende este planteamiento, pero considera que lo que si cabe es que la acusación invoque el derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto estima que el Ministerio Fiscal no solo tiene legitimación por sustitución sino que posee una legitimación directa para reclamar los derechos y las garantías que la Constitución reconoce a los que son parte en un proceso.

Esta posición se plasmó en un Acuerdo de la Sala General de 27 de febrero de 1998. Posteriormente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo volvió sobre la cuestión y con fecha 11 de julio de 2003 tomó el acuerdo de que «cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados».

Técnica del reenvío

Evidentemente, la técnica del reenvío plantea el problema de que se produce un doble enjuiciamiento por los mismos hechos. El que la sentencia recurrida no haya llegado a producir el efecto de cosa juzgada no es por fuerza un argumento decisivo. Además, cuando se retrotraen las actuaciones y se ordena celebrar un nuevo juicio, se concede a la acusación una segunda oportunidad para aportar prueba (aunque sea de la ya solicitada pero que no se realizó; por ejemplo, un testigo o un perito que no acudió al acto del juicio oral). El doble enjuiciamiento está prohibido y, en ocasiones, el reenvío lo produce.

El reenvío puede acordarse para que se redacte una nueva sentencia (cuando se considera que ahí se encuentra el fallo) o bien para que se celebre un nuevo juicio (cuando en él estuvo el problema). Son dos supuestos distintos, si bien en relación con el primer supuesto es preciso tener en cuenta, por una parte, que en ese caso la sentencia tiene que ser redactada por los mismos magistrados que dictaron la anterior, pues son los que estuvieron en el juicio y vieron la prueba; no deja de llamar la atención que cuando se suspende un juicio la LECrim. ordene volver a celebrar el juicio si transcurre un plazo excesivo de paralización y que en cambio pueda ordenarse redactar una nueva sentencia cuando el juicio pudo haberse celebrado, por ejemplo, un año antes. Por otra parte, en ocasiones, dictar nueva sentencia puede ser imposible, por ejemplo, cuando uno de los magistrados que dictaron la sentencia hubiera fallecido; en estos casos de imposibilidad, la retroacción para dictar sentencia tiene que transformarse en retroacción para celebrar nuevo juicio.

Así pues, es necesario tener en cuenta que la técnica del reenvío puede perjudicar al acusado y puede tener su origen en causas totalmente ajenas a él (por ejemplo, fallos en la sentencia o en el juicio por la incomparecencia de un testigo). La solicitud de la retroacción de las actuaciones puede proceder de las acusaciones y la causa puede ser ajena al acusado; por ello, en tales situaciones es preciso examinar si el reenvío que impone una carga al acusado de un nuevo enjuiciamiento se basa en infracciones que afecten esencialmente a algún derecho fundamental o no. En este último caso, sin duda, el reenvío es absolutamente improcedentemente; en el otro caso, será preciso examinar qué tipo de derechos han sido desconocidos o quebrantados.

Los supuestos en los que se produce el reenvío son los de quebrantamiento de forma y los supuestos de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ahora bien, solo cabe retrotraer cuando se hayan vulnerado las reglas esenciales del proceso en perjuicio de la acusación, pues, en tales supuestos «no se puede hablar de proceso ni permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable» (STC, 4/2004, de 16 de enero).

Por el contrario, no cabe la retroacción «cuando se estimen vulnerados derechos fundamentales de carácter sustantivo de la acusación, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional» (STC, 23/2008, de 11 de febrero).

Así pues, el Tribunal Constitucional se ha planteado en diversas ocasiones el problema de la anulación de sentencias absolutorias con orden de retroacción de actuaciones y ha llegado a esa importante distinción: a) *No cabe* cuando lo vulnerado son derechos fundamentales de carácter sustantivo de la acusación; y, b) *Cabe* cuando se produce una quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación.

Trasladando esta doble regla a los distintos supuestos, el Tribunal Constitucional ha declarado:

a) No se admitió la retroacción en los siguientes supuestos (se consideró que se deberían anular los pronunciamientos acordando la retroacción de las actuaciones):

- Por haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla (STC, 116/1997, de 23 de junio).
- Por haberse negado el acceso a los recursos contra el archivo de la causa, habiendo mostrado el recurrente su voluntad inequívoca de personarse en el proceso penal (STC, 16/2001, de 29 de enero).
- Porque se sustanció el recurso de queja dando lugar al auto de sobreseimiento libre sin contradicción del querellante (STC, 178/2001, de 17 de septiembre).
- Por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC, 138/1999, de 22 de julio).
- Por haberse producido una incongruencia *extra petitum* al introducirse en la sentencia un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio /STC, 215/1999, de 29 de noviembre).
- Por haber admitido el órgano de apelación la pretensión de legitimación del actor y entrar en el fondo sin juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión del fondo (STC, 168/2001, de 16 de julio).
- En un supuesto en el que en vía judicial, a pesar de haberse reconocido que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, el órgano judicial de casación no anuló la sentencia absolutoria para que la acusación fuera restablecida en su derecho a través de la retroacción de actuaciones (STC, 218/2007, de 8 de octubre).
- En las que se confirmó la constitucionalidad de las decisiones judiciales de anular sentencias absolutorias por defectuosa motivación en las actas de votación de los Tribunales de Jurado con orden de celebración de nuevo juicio (SSTC, 169/2004, de 6 de octubre; 246/2004, de 20 de diciembre; 192/2005, de 18 de julio; y, 115/2006, de 24 de abril).
- En el supuesto en que se había acordado la anulación de una sentencia absolutoria y la retroacción para celebrar nueva vista oral por haberse extraviado el acta del juicio oral, consideró vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del acusado, argumentando que, sin haberse producido ninguna infracción procesal causante de indefensión en la acusación particular, no se podía adoptar una decisión de anulación y retroacción, teniendo en cuenta que el recurso no se sustentó en la vulneración de garantías procesales ni en él se solicitaba dicha anulación (STC, 4/2004, de 16 de enero).

b) Se admitió la retroacción de las actuaciones (se denegó el amparo por dicha retroacción):

- En un supuesto en el que por dos veces se había acordado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo la retroacción de las actuaciones para dictar nueva sentencia, en la tercera ocasión, el Tribunal Supremo acordó anular la sentencia, retrotraer las actuaciones y celebrar un nuevo juicio por un tribunal con una composición distinta, el Tribunal Constitucional negó el amparo porque consideró que no se había vulnerado la prohibición de doble enjuiciamiento penal ya que la retroacción era correcta por cuanto era

«el resultado de una correcta ponderación entre los derechos del recurrente y la necesidad de reestablecer las garantías procesales esenciales de la acusación particular» (STC, 23/2008, de 11 de febrero).

Notas

- ¹ Con más detalle: López-Barja de Quiroga, *La reforma de la casación penal*, Fundación Alternativas, 2007, *passim*.
- ² No debe olvidarse que el poder recurrir en apelación y que el Tribunal *ad quem* sentencie sin prueba y con base en la documentación escrita tiene su base y fundamento en el procedimiento de la inquisición.
- ³ Sobre este principio, véase López-Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho procesal penal*, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2007, págs. 129 y ss.
- ⁴ Sobre apelación de sentencias absolutorias, véase también, caso *Cooke* contra Austria, STEDH, 8 de febrero de 2000; caso *Stefanelli* contra San Marino, STEDH, 8 de febrero de 2000; caso *Constantinescu* contra Rumanía, STEDH, 27 de junio de 2000; caso *Tierce* y otros contra San Marino, STEDH, 25 de julio de 2000.
- ⁵ STEDH, 15 de julio de 2003.
- ⁶ Bacigalupo, «La noción de un proceso penal con todas las garantías», *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 461 y ss., esp. 519 y ss.
- ⁷ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 400.
- ⁸ Cfr. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 391.
- ⁹ Véase con detalle la discusión alemana en Bacigalupo, «La noción ...», cit., p. 536 y ss.
- ¹⁰ López-Barja de Quiroga, *Tratado ...*, cit., p. 231 y ss.
- ¹¹ Ahora bien, podemos preguntarnos si dicho recurso satisfará las exigencias del art. 14 párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como lo interpreta el Comité de Derechos Humanos; además de los anteriores dictámenes de este comité (véase López-Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 231 y ss., esp., p. 247 y ss.) en los que ya dejó clara su posición, en el de fecha 15 de noviembre de 2004 (Comunicación 1101/2002), el comité parte de que el examen del Tribunal de Casación «se limita al examen de si las conclusiones a que llega el Tribunal de Primera Instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia» y, concluye que «este sometimiento limitado del caso al Tribunal Superior no está de acuerdo con las exigencias del art. 14 párrafo 5 del Pacto». Parece que cabe pensar que para el comité un recurso sobre el derecho no es suficiente para cumplir con lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto. Sin embargo, esta doctrina ha sido abandonada por el comité. En efecto, es constatable una clara evolución del comité sobre esta cuestión, pues, de forma reiterada, principalmente a partir del año 2005 (sin perjuicio de la Comunicación n.º 1095/2002, de 26 de agosto de 2005, que sigue la doctrina anterior y contiene votos particulares que insisten en que debe abandonarse esa doctrina), dicho comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos de conocimiento limitado (es decir, sin volver a repetir prueba y, por consiguiente, cuando el Tribunal Superior solo examina la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del Tribunal de Instancia en cuanto a la valoración de la prueba) a los efectos del artículo 14 párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; y, 1441/2005, de 14 de agosto de 2006.
- ¹² Schünemann, *La reforma del proceso penal*, trad. Sacher, Madrid, 2005, p. 97.
- ¹³ Este Protocolo ha sido firmado por España, pero todavía se encuentra pendiente de su ratificación.
- ¹⁴ La existencia de un Tribunal Supremo no procede del sistema judicial romano; es muy posterior. Halpérin («Cours Suprêmes» en *Dictionnaire de la culture juridique* (Dir. D. Alland y S. Rials), París, 2003, págs. 313 y ss) fija el origen de los tribunales supremos en los tribunales feudales, especialmente en la Curia regis del Rey de Inglaterra y del de Francia. En Inglaterra bajo el reinado de Henry II (1154-1199); en Francia, es más tardío, concretamente en la segunda mitad del siglo XIII; y, en Alemania, la *Reichskammergericht* se estableció en 1495 por Maximilian como consecuencia de un acuerdo con los príncipes alemanes. El Tribunal Supremo Federal de EEUU es muy posterior: procede de la Constitución de EEUU que lo estableció y de la ley de 1789 que elaboró el sistema judicial federal, comenzando propiamente su andadura en 1790 (véase el clásico Hughes, *The Supreme Court of the United States*, New York, 1936; Charles Evans Hughes fue Magistrado de este Tribunal Supremo entre 1910 y 1916. Sobre el Tribunal Supremo español, véase 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 y ss.).
- ¹⁵ Al respecto conviene examinar las ideas de Montesquieu y de Robespierre (véase Halpérin, *Le Tribunal de casation et les pouvoirs sous la Révolution*, París, 1987) y, naturalmente, las de Marat (*Plan de Legislation Criminelle*, París, 1790), sin perjuicio de que las ideas plasmadas por escrito y la proyección real en la vida no se parecieran en nada, pues se transformó en un implacable asesino.

¹⁶ Boré, *La cassation en matière pénale*, París, 1985, p. 425.

¹⁷ Evidentemente esta crítica, a tiempos pretéritos de la casación penal es demasiado general y por ello puede no ser correcta en casos concretos.

¹⁸ Los términos órgano supremo y superior tienen su contenido específico dentro de la teoría del Estado; véase Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 390 y ss.

¹⁹ No puede decirse que he diseñado un Tribunal Constitucional, porque desde luego no es así; estoy refiriéndome a un Tribunal Supremo que sea supremo y superior en todos los órdenes jurisdiccionales. El Tribunal Constitucional es otra cosa. Y no se olvide que en materia de legislación ordinaria la interpretación válida es la del Tribunal Supremo y a ella se tiene que sujetar el Tribunal Constitucional, siempre que dicha interpretación sea constitucional, sin perjuicio de que desgraciadamente y muy a menudo el Tribunal Constitucional olvide tal afirmación constitucional.

²⁰ Este término de *ius constitutionis*, a nuestro parecer, no es especialmente adecuado, si bien está muy extendido.

²¹ El término «función nomofiláctica» procede del griego. En algunas ciudades de la antigua Grecia existían los *nomophylakes* o guardianes de las leyes. Quien nos da más información al respecto es Platón [*Las Leyes*, Libro sexto, 754 d) al 755 b)]; en la Constitución que inventa para una ciudad cretense establecía que los *nomofylakes* eran un grupo de 37 personas elegidas al cumplir 50 años y permanecían hasta los 70 años (no podían ser nombrados antes de los 50 años y no podían estar en el cargo más de 20 años, sin poder superar en el cargo la edad de 70 años), cuyas funciones, como guardianes de la ley y de los documentos, (sin perjuicio de otras diversas) eran guardar el texto legal (para que no existieran alteraciones físicas), guardar el registro de propiedades, así como asegurar que los magistrados en el ámbito de sus funciones no quebrantaran la ley (la aplicaran mal), de manera que si la ley se había aplicado mal, lo denunciaran ante los Tribunales. Platón explica con detenimiento la figura del *nomophylax*, a cuyo grupo de 37, los *nomophylakes*, los considera los más importantes de la ciudad (el más importante sería el que dirigía la política de educación y este estaba elegido entre los *nomophylakes*) (véase, Morrow, *Plato's Cretan City. A Historical Interpretation of the Laws*, Princeton, New Jersey, 1993, p. 195 y ss.). Cicerón también se refiere a ellos, indicando que los romanos deberían tener unos *nomophylakes* como los griegos (Cicerón, *Sobre las leyes*, Libro III, 46 y 47).

²² A veces, se añade la función de obtener la uniformidad en la aplicación del derecho, pero en realidad esto se consigue con la función nomofiláctica, de la que forma parte.

²³ Véase, en este sentido, defendiendo que la función de unificación de doctrina no puede ser la única función otorgada al Tribunal Supremo, pues, de ser así no se cumpliría con lo establecido en la Constitución, Bacigalupo, «Tribunal Supremo y recurso de casación», manuscrito, *passim*.

²⁴ Véase con detalle Bacigalupo, «Tribunal Supremo...», cit.

²⁵ Supongo que esto es consecuencia del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de fecha 15 de noviembre de 2004 (Comunicación 1073/2002). Se refiere al siguiente hecho: un diputado de las Cortes de Castilla-La Mancha fue juzgado por el Tribunal Supremo y condenado por un delito de falsedad en documento privado; su queja se centró en que al ser juzgado por el Tribunal Supremo no había podido someter su causa a otro tribunal para que la revisara. España argumentó que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un Tribunal Superior se compensaba en el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía y, además que esta es una situación común en muchos Estados Parte del Pacto. El comité, con esa falta de motivación o con esa argumentación tan simple que le caracteriza, afirmó que el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería es una circunstancia que «no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal». Por consiguiente, el comité concluyó que se había violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La misma doctrina ha sido mantenida posteriormente en la Comunicación 1211/2003, de 8 de agosto de 2006.

²⁶ Véase, López-Barja de Quiroga, *Tratado...*, cit., p. 1319.