

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y REFORMA LEGAL RESPECTO DE LA
SEGUNDA INSTANCIA PENAL POR DELITOS GRAVES**

**Arturo Todolí Gómez
Abogado Fiscal Sustituto**

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

I. EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL.

II. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL.

III. LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES POR DELITOS GRAVES.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

NOTAS

ABREVIATURAS

AP/AAPP= Audiencia/s Provincial/es

art./s= artículo/s

cit.= citado

CE= Constitución Española

CDH= Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

CEDH= Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.

CGPJ= Consejo General del Poder Judicial

ed.= Edición (o editor)

FJ= Fundamento jurídico

Lecrim= Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO= Ley Orgánica

LOPJ= Ley Orgánica del Poder Judicial

núm.= número

p/pp= página/s

PIDCP= Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

RJ/RTC/ARP= Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (TS/TC/TSJ)

S/STC= Sentencia/s del Tribunal Constitucional

STS= Sentencia del Tribunal Supremo

TC= Tribunal Constitucional

TJ= Tribunal del Jurado

TS= Tribunal Supremo

TSJ= Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN.

Para abordar el tema de este trabajo, he decidido, siguiendo un orden sistemático, remitirme en primer lugar al derecho a los recursos en nuestro proceso penal, haciendo una breve referencia a la doctrina del TC sobre la materia con base en la ubicación que le otorga a raíz de lo determinado por el PIDCP de 1966.

Posteriormente, y de forma mucho más amplia, dentro de lo que puede llamarse el derecho a la *doble instancia*, cuestión aún debatida en nuestro derecho, se recogen las diferentes interpretaciones realizadas por el TC, a raíz, igualmente, de lo preceptuado por las normas internacionales, donde podrá comprobarse la evolución de su doctrina en determinados aspectos y hasta que punto ha condicionado al legislador español a la vista de las últimas reformas operadas (o proyectadas) en el proceso penal.

Por último, haré referencia concretamente a las últimas reformas penales, sobre todo al proyecto de LO por el que se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de enero de 2006, actualmente - enero 2007- en fase de informe por la Comisión de Justicia del Senado, después de haberse debatido varias enmiendas a su articulado), que afectan tanto al recurso de apelación como de casación, y cómo se verá, atienden a las exigencias internacionales de generalizar la segunda instancia, lo que conllevará, sin lugar a dudas, a un replanteamiento del alcance de ambos recursos, si bien el mayormente afectado parece ser el de casación, ya que tal y como se entiende configurado en la actualidad no obedece exactamente al criterio exclusivo de unificación de doctrina que al parecer, se le otorga con la reforma proyectada.

I. EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL.

En todos los órdenes jurisdiccionales se cuenta con la posibilidad de formular recursos, pero en el proceso penal, a diferencia de otros órdenes, el condenado tiene derecho a que se configure un sistema de recursos con base en los arts. 10.2 y 24.1 CE y 14.5 PIDCP de 1966 (1).

Por tanto, no es ajeno a la jurisprudencia del TC el tratamiento y concreción del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en el que se entiende incluido el derecho a los recursos, derecho de configuración legal (SSTC 99/1985 y 80/03, de 28 de abril, entre otras), que no exige establecer impugnaciones en todos los casos, sino que impone el acceso a los mismos cuando el legislador los hubiera previsto para un proceso en concreto, de manera que el derecho a los recursos se vulneraría cuando su admisibilidad se hiciera depender de presupuestos meramente formalistas o cuando el órgano judicial interpretara la norma impidiendo de hecho la utilización del recurso, denegando el acceso al recurso de forma inmotivada o manifiestamente arbitraria o a consecuencia de un error patente (entre otras, SSTC 59/84, 5/88, 20/91, 161/92, 170/96, 88/97, 94/00 y 114/04).

Sin embargo, en el proceso penal hay que tener en cuenta que el art. 14.5 del PIDCP reconoce el derecho del condenado a que su causa sea revisada por un tribunal superior, y que en el art. 2.1 del Protocolo Adicional n.º 7 del CEDH se dispone que "toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena" (2).

De forma que, aunque con carácter general la CE no reconoce un derecho al recurso, en el proceso penal parece que ese derecho debe entenderse incluido en el art. 24 CE, pues, interpretado desde la perspectiva del PIDCP, exige ese reconocimiento, de modo que existe una sustancial diferencia entre el orden penal y el resto de órdenes jurisdiccionales.

De esta manera, el derecho a los recursos en el proceso penal, ya sean ordinarios o extraordinarios, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 78/88, 20/89, 274/93, 128/96) o, como en alguna ocasión ha sostenido el TC, del conjunto de garantías y derechos procesales del art. 24.2 (SSTC 42/82 y 64/2001, de 17 de

marzo)(3), existiendo en cualquier caso un auténtico deber constitucional de prever un recurso (SSTC 42/82, 76/82 y 230/93).

No obstante, para la viabilidad del recurso en el proceso penal, han de tenerse presentes las siguientes precisiones:

1ª) Únicamente corresponderá al condenado frente a la sentencia que le condena, si bien igualmente cabrá respecto de aquellos que, habiendo sido absueltos (por ejemplo, prescripción o indulto), se les ha considerado en sentencia como autores de los hechos (STC 33/1989, de 13 de febrero).

2ª) Corresponde al legislador determinar la admisibilidad del recurso y su amplitud, ya que no se prevé un derecho fundamental a una clase determinada de recurso, siendo posibles condiciones formales de admisibilidad (SSTC 157/1989 y 128/1991) así como limitaciones en las resoluciones recurribles (STC 41/1992, de 30 de marzo).

El TC ha señalado que los motivos de inadmisión de los recursos habrán de ser interpretados y aplicados sin formalismos enervantes (SSTC 60/1985 de 6 de mayo, 102/1986, de 16 de julio, entre otras) debiendo el juzgador interpretar la regulación del recurso de la forma más favorable a su admisión (STC 211/1996, de 17 de diciembre) (4).

3ª) Por último, el TC, respecto de la resolución que inadmita un recurso, cuando esta se base en una causa legalmente establecida y correctamente interpretada, se ha pronunciado en el sentido de indicar que no se produce una vulneración del derecho al recurso (ATC 262/1995, de 27 de septiembre).

Además, tampoco se vulnera el derecho de acceso al recurso, cuando es la propia ley la que establece que determinadas resoluciones, por su propia naturaleza, no son susceptibles de recurso (5).

II. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL.

Sin embargo, es cuestión ampliamente debatida la amplitud de ese recurso en cuanto a los hechos, la actividad probatoria y la valoración de los resultados de la misma, es decir, si se impone una doble instancia generalizada, o si se deja en manos del legislador la configuración del recurso. En definitiva, si el sistema de recursos instaurado satisface el derecho al "doble examen" o "doble instancia" a que parece referirse el PIDCP.

El Dictamen del CDH de 20 de julio de 2000, parece sostener que el art. 14.5 del PIDCP exige una segunda instancia generalizada, una "revisión íntegra del fallo y la condena" (apartado 11.1), expresión que utiliza para describir el significado del "sometimiento a un tribunal superior" que establece el art. 14.5 (6).

Por tanto, se ha llegado a plantear la cuestión de si puede ser que el propio CDH vaya más allá del tenor literal del art. 14.5 del Pacto, en el sentido de entender que ese sometimiento a tribunal superior implique la revisión íntegra del fallo y la pena, o que ese sometimiento a órgano jurisdiccional superior permita la discrecionalidad del legislador a la hora de optar por un tipo de recurso más o menos amplio en cuanto al conocimiento del tribunal, ya que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará "conforme a lo prescrito por la ley".

En nuestro sistema de recursos en el proceso penal se parte del principio de única instancia, incluyendo el recurso de casación. Sin embargo, en la actualidad, la falta de homogeneidad en la regulación se vislumbra claramente cuando se distinguen las siguientes modalidades distintas de impugnación:

1º) Para faltas y delitos menos graves (faltas, abreviados y juicios rápidos), se prevé un recurso ordinario -apelación-.

2º) Para delitos graves (abreviado u ordinario), cabe un recurso extraordinario –casación-, y este mismo régimen se reproduce respecto de los juicios contra aforados celebrados en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

3º) Para delitos competencia del TJ, se establecen, dos recursos extraordinarios sucesivos –apelación (cuya denominación ha sido criticada) y casación-.

4º) Por último, para el enjuiciamiento de menores de edad (LO 5/2000, 12 de enero), se dispone de un recurso ordinario (apelación) con posibilidad, según los casos, de un ulterior recurso extraordinario (casación para unificación de doctrina).

En definitiva, las sentencias dictadas en los juicios de faltas, juicios rápidos y en los procedimientos abreviados competencia de los Juzgados de lo Penal (en penas privativas de libertad de hasta cinco años) que representan con gran diferencia el mayor número de resoluciones, así como las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del TJ, pueden ser recurridas en apelación, mientras que las sentencias dictadas en los procesos por delitos más graves sólo pueden recurrirse en casación.

De este modo, el condenado por delito más grave ve reducidas sus posibilidades de impugnación al recurso de casación, limitándose la amplitud de la revisión del órgano *ad quem*, por lo que se constata una clara diferenciación en el derecho al recurso penal cuando se permite una nueva cognición más o menos amplia (como la apelación), y cuando sólo puede interponerse un recurso extraordinario (como la casación), siendo en este caso la garantía procesal inversamente proporcional a la gravedad de la pena.

En este sentido, las diferentes posturas doctrinales se han basado:

- 1º) Las que se muestran partidarias de la instancia única en cualquier caso.
- 2º) Las que propugnan la instauración de un régimen de segunda instancia (apelación) de igual forma para el conocimiento de delitos graves.
- 3º) Las que propugnan que el actual régimen de recursos debería equipararse en todos los casos (7).
- 4º) Por último, la que propugna que por las restricciones de la apelación y las ampliaciones de la casación, el régimen de recursos es básicamente equivalente en los diferentes supuestos, de forma que no se hace necesaria su reforma.

Siguiendo lo establecido en las normas de derecho internacional sobre la materia - entre otros el ya mencionado art. 14.5 del PIDCP - se instauró un recurso que permite la revisión de los elementos fundamentales que han determinado la condena, entre los que, sin duda, se encuentra la actividad probatoria llevada a cabo ante el juez o tribunal que dictó la primera sentencia, lo que llevó a ampliar en nuestro derecho la casación para dar cabida a tales exigencias por vía del art.849.2º Lecrim (8).

En este punto cabe destacar el esfuerzo del legislador - reforma de 23 de diciembre de 2003 de la LOPJ, a raíz del dictamen de 20 de julio de 2000 del CDH ya citado, que mantuvo que el actual sistema de casación Español vulneraba el PIDCP de 1966 (9)-, en el sentido de generalizar la segunda instancia penal, al atribuir el conocimiento de los recursos de apelación contra resoluciones dictadas por las AAPP en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Penal, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional (10).

A pesar de dicho dictamen, el TC (SSTC 70/2002, 3 de abril, 80/2003, 28 abril y 105/2003, 2 de junio), se encargó de desvirtuar su contenido, en el sentido de indicar que el CDH no tiene facultades jurisdiccionales (arts. 41 y 42 del Pacto) (11) y por tanto sus dictámenes no pueden significar la auténtica interpretación del pacto (como resoluciones judiciales), ya que ni el propio pacto ni el protocolo facultativo, le otorgan tal competencia. En este sentido en la resolución del TEDH de 30 de mayo de 2000, se reconoce que los Estados parte conservan las facultades de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión.

En definitiva, pueden señalarse los siguientes argumentos para considerar que el derecho al recurso no implica necesariamente el establecimiento de una doble instancia:

- 1º) En primer lugar, cuando conoce el TS con competencia objetiva, no se permite recurso alguno, ya que viene compensado por las garantías que implica el enjuiciamiento por este órgano, y de esta forma se entiende que pueda ser más limitado el recurso frente a las resoluciones de los órganos colegiados respecto del que procede frente a las resoluciones de los órganos unipersonales, por esas mayores garantías que implica el enjuiciamiento por los primeros.

2º) No sería posible una doble instancia real en ningún caso, ya que incluso en el recurso de apelación es posible la apelación respecto de resoluciones no de fondo y en cualquier caso por el órgano *ad quem* no se podría realizar un adecuado control fáctico y de valoración de la prueba practicada en la primera instancia, por lo que quedaría claramente limitada su eficacia en la práctica (12).

3º) Por último, el TC, como ya se ha mencionado, entiende que el recurso de casación penal cumple las exigencias del art.14.5 PIDCP, aunque no la doble instancia, no exigida por dicho precepto, y básicamente conforme a los siguientes argumentos:

- Se parte de la base de que la casación penal en nuestro ordenamiento ocupa una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas en el art. 24 CE, entendiéndose que su finalidad supera la necesaria depuración del derecho en la función judicial, protegiendo de este modo al justiciable que resultó condenado, con la posibilidad de someter siempre el fallo a un Tribunal superior, tal y como requiere el art. del pacto (SSTC 133/2000, 16 de mayo, 64/2001, 17 de marzo y 70/2002, 3 de abril).
- En segundo lugar, el derecho aludido no implica que la casación se convierta en una segunda instancia, entendida como un recurso ordinario. Aquí se hace referencia a la resolución del TEDH de 30 de mayo ya citada, de forma que el legislador español en uso de las facultades de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen, ha optado por configurar el recurso de casación como de naturaleza extraordinaria (SSTC 76/1982, 14 de diciembre y 70/2002, 3 de abril).
- En tercer lugar, las condiciones de acceso al recurso de casación deben ser interpretadas ampliamente por los tribunales al objeto de apurar las posibilidades de revisión en esta sede, de forma que cualquier decisión de inadmisión que por su rigorismo, formalismo o por otra razón, implique una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que se sacrifican, podrá ser recurrida en amparo ante el TC (SSTC 12/2002, de 28 de enero, FJ 2º).

Pues bien, por otra parte parece claro que el aludido precepto parte de un modelo procesal en el que necesariamente ha de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de recurso en caso de sentencia absolutoria o condenatoria sólo parcialmente.

La referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (la revisión del fallo y de la pena impuesta) evidentemente no limita en el orden interno ni el derecho al recurso para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria.

No obstante el TC ha declarado en varios supuestos que no tratándose de fallo condenatorio, no operaría lo dispuesto en el art. 14.5 PIDCP (13).

Sin embargo, se ha señalado que una interpretación literal del art. 14.5 PIDCP obligaría a arbitrar un nuevo recurso para quien resultara condenado por vez primera en segunda instancia, lo que igualmente ha sido resuelto por el TC (14).

De igual forma, respecto del aforado que ha sido condenado (en única instancia) por el TS, el TC se ha pronunciado en el sentido de indicar que la inexistencia de la doble instancia no implica, en ningún caso, discriminación contraria al art. 14 CE ya que el trato desigual que el legislador otorga a determinadas personas responde a la *"...valoración y a la consideración de la especificidad de la función que ejercen, que concierne, de modo relevante, al interés público, justificativo de normas singulares determinativas de la competencia para el conocimiento de las causas penales que a ellos afecte"* (ATC 353/1988, 16 marzo, FJ 4º).

No obstante, se estableció una nueva orientación jurisprudencial en el TC, iniciada a partir de la STC (Pleno) núm. 167/2002, de 18 de septiembre, reiterada en numerosas sentencias (SSTC 170/2005, 20 de junio y 202, 203 y 208/2005, todas de 18 de julio), en el sentido de considerar la inmediación en sentido estricto como una de las garantías integrantes del derecho fundamental del acusado a un proceso penal con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En estas, el TC considera que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone

inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Igualmente, la constatación de la anterior vulneración determina, también, la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamente la condena (15).

No obstante, no parece que la aplicación de esta doctrina sea posible actualmente ya que el art.791.I Lecrim (16), sólo autoriza en la segunda instancia la práctica de pruebas que no pudieran serlo en la primera o hubieran sido indebidamente denegadas, y las no practicadas por causas ajenas al recurrente.

En definitiva, y aún considerando que la exigencia contenida en el art. 14.5 PIDCP, pueda entenderse cumplida en el sistema actual de recursos penales, no debe olvidarse la conveniencia de política legislativa que aconseje que el sistema se caracterice por una vía común de recurso, ya sea a través de la ampliación de la apelación, mejorando su superior calidad revisora, o que se generalice la casación, favoreciendo la uniformidad jurisprudencial (17).

Así pues, como se verá en el epígrafe siguiente, el legislador, por LO 19/2003, de 23 de diciembre, fijó las bases para una generalización de la segunda instancia penal, potenciando el recurso de apelación, mediante la creación de órganos que pudieran conocer de dicho recurso en la segunda instancia, respecto de resoluciones que hasta la fecha sólo se contemplaban en una única instancia, e igualmente, a través de la DF 2ª de la citada ley, dio el plazo de un año al Gobierno para enviar a las Cortes Generales los Proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por dicha LO, y todo ello al objeto de satisfacer las exigencias del art. 14.5 PIDCP (18).

El citado plazo fue incumplido, pero el Proyecto de LO por el que se adapta la legislación procesal a la LOPJ 6/1985, de 1 de julio (reformada por LO 19/2003), reformando el recurso de casación y generalizando la doble instancia penal, fue aprobado por el Congreso y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 27 de enero de 2006 (19).

III. LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES POR DELITOS GRAVES.

La LO 19/2003, de 23 de diciembre, consecuencia del Pacto de Estado de la Justicia de 28 de mayo de 2001, modificó ampliamente la LOPJ de 1 de julio de 1985, de la que es destacable ampliamente la producida en su libro I ("De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los Juzgados y Tribunales"), y esencialmente en sus arts. 64(al que se adiciona un nuevo art. 64bis) y 73.3 c).

Con la nueva redacción del art.64 se crea una Sala de Apelaciones en la Audiencia Nacional, para conocer de las que se promuevan contra resoluciones de su propia Sala de Lo Penal.

El art. 73.3 c) da lugar a que las Salas de Lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia añadan a sus atribuciones como Salas de Lo Penal el "conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las AAPP así como el de todas aquellas previstas por las leyes".

Como propugnaba su Exposición de Motivos, el nuevo régimen tenía una doble finalidad:

1º) Reducir la carga de trabajo de la Sala 2ª del TS.

2º) Resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del CDH de la ONU, que mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el PIDCP.

Sin entrar en mayores consideraciones sobre la reforma, pueden realizarse dos precisiones:

- El motivo de descongestionar al TS no parece ser la causa fundamental de la reforma, si bien se aprovechó la conyuntura relativa a la necesidad de adecuar las normas procesales a lo contenido en el art. 14.5 del PIDCP, aunque, realmente para producir una descongestión eficaz, debería modificarse el recurso de casación, en el sentido de que fuera orientado a su finalidad originaria, de perspectiva pública (uniformadora), frente a la privada, ya prevista por el recurso de apelación (20).
- Por otra parte, la previsión legal se considera inacabada e incompleta, al margen de que sus previsiones son simplemente orgánicas, por lo que requieren de ulterior desarrollo normativo, e incluso, lo pretendido en parte con la reforma (que no menciona expresamente la Exposición de Motivos), podría hallarse en potenciar el trabajo de las Salas de lo Penal de los TSJ, que hasta la fecha, eran criticadas por inactividad.

Entrando ya en el proyecto de ley que se mencionó al final del epígrafe anterior, y dado lo exhaustivo de su articulado en lo relativo a la reforma de la Lecrim, he optado por reproducir aquellas partes que he considerado de mayor interés de dicha reforma, incluyendo algunas observaciones que he considerado relevantes y que he extraído del informe que elaboró la Comisión de estudios y dictámenes del CGPJ en el mes de septiembre de 2005 (21), con base en el anteproyecto de julio de ese mismo año, a salvo, obviamente, de aquello que posteriormente no se ha recogido finalmente en el proyecto (22).

El proyecto, en su **Exposición de Motivos** (apartado I), al margen de hacer referencia a los antecedentes que inspiran la reforma y de los que me he referido a lo largo de este trabajo, señala expresamente: “.. Con esta reforma del sistema de recursos en que se concreta lo anterior **se pretende, de un lado, que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, sea el garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, cumpliendo su función unificadora y, de otro, que los Tribunales Superiores de Justicia sean efectivamente la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.**

Las demandas y propuestas reiteradas del Tribunal Supremo en este sentido se han sucedido desde hace más de una década. Se ha instado reiteradamente la reforma de las normas procesales sobre los asuntos atribuidos a su conocimiento que permitiera agilizar la respuesta del Tribunal Supremo a las demandas de los ciudadanos y, al tiempo, ejercer dignamente la alta función que constitucionalmente tiene encomendada este Tribunal. En este sentido, ya el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia reconocía que deben afrontarse «las reformas para lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo y que potencien su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales».

Por otro lado, la modificación de las atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia pretende convertir a estos órganos, como impone el artículo 152.1 de la CE, en la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta que las consecuencias del modelo territorial de descentralización política previsto en la Constitución se proyectan sobre la organización judicial de la mano precisamente de los Tribunales Superiores de Justicia, al introducir en la organización de la Comunidad Autónoma a un órgano judicial que ostenta el grado máximo, en el que culmina la organización judicial, y en el que se agotarán las «sucesivas instancias judiciales», ex artículo 152.1, párrafo primero, de la CE. Conviene tener presente que un Estado compuesto, como el nuestro, en el que coexisten una pluralidad de ordenamientos jurídicos, debe asentarse sobre el principio de diversidad en relación con las normas emanadas de las Comunidades Autónomas y en el de unidad e igualdad en la aplicación de las normas emanadas del Estado. También el expresado Pacto de Estado se refiere a la «adaptación de la Justicia al Estado de las Autonomías (...) y los Tribunales Superiores de Justicia desarrollarán una función casacional en todas las ramas del Derecho Autonómico».

Esta nueva configuración de los recursos de casación —que constituyen la vía más numerosa de entrada de asuntos al Tribunal Supremo— como recursos para la

unificación de doctrina, impone una mayor vinculación de todos los órganos judiciales a los pronunciamientos del Alto Tribunal, como señala el artículo 5.1 de esta Ley orgánica y se deriva de su posición constitucional, artículo 123 CE, como el órgano superior en todos los órdenes. Por otro lado, en correspondencia con esta función uniformadora que corresponde al Tribunal Supremo, en relación con la interpretación y aplicación del derecho estatal, también se intensificará en su ley procesal la unificación de doctrina que corresponde a la Sala de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con la interpretación y aplicación del derecho propio de la Comunidad Autónoma. La sección a la que se atribuye tal función es exponente de esta atribución y ha de tener su reflejo también, ex artículo 122.1 CE, en ley orgánica”.

Posteriormente, en su apartado VI, se propugna la configuración del recurso de casación, esencialmente, como un recurso para la unificación de doctrina – “...limitando su ámbito a las infracciones que se hayan producido en la aplicación del ordenamiento jurídico estatal con motivo de pronunciamientos discrepantes de los órganos judiciales inferiores”, remarcando su diversa intensidad en función del órgano jurisdiccional que afecte. En el orden penal, dicho apartado continúa: “... la reforma procesal **se orienta, de un lado, a culminar la generalización de la segunda instancia penal que, iniciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, diseña el procedimiento a seguir para satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto. Y, de otro, la reforma se concreta en adaptar el recurso de casación a la puesta en marcha de la doble instancia penal, pues si todos los asuntos son susceptibles de un doble enjuiciamiento, la casación debe dejar de ser una «casación ampliada» y debe ceñir su ámbito al propio de un recurso extraordinario con finalidad unificadora.**

En este sentido, el recurso de apelación como cauce ordinario de impugnación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, **adopta un sistema de apelación limitada, entre cuyos motivos de impugnación no se encuentra el error en la valoración de la prueba.** Los motivos en los que se puede fundamentar el recurso de apelación son la infracción de la presunción de inocencia, de las garantías procesales, la infracción de norma constitucional o legal, o la aparición de hecho nuevo. Manteniéndose, por otro lado, el sistema tradicional de práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación.

Se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano «a quo» y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la condena se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad mas allá de toda duda razonable.

El establecimiento de la segunda instancia en todos los procesos penales **plantea la cuestión de la adecuación del recurso de casación a este nuevo régimen de recursos. En este sentido el recurso de casación debe cumplir las funciones clásicas de carácter nomofiláctico y de unificación en la interpretación de la ley.**

A la Sala Segunda del Tribunal Supremo le corresponde unificar los pronunciamientos contrarios a la jurisprudencia del Alto Tribunal, o los pronunciamientos entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, y fijará la jurisprudencia sobre normas nuevas, sin que los hechos puedan ser alterados en casación.

En la vertiente procedimental se pretende establecer un primer filtro, sobre la admisibilidad de la casación, en el momento de la preparación del recurso ante el Tribunal que dictó la sentencia que se pretende recurrir, intensificando el control de la Sala de instancia sobre los requisitos a

cumplir en la preparación. También se fortalece y adapta el trámite de admisión del recurso de casación al nuevo recurso centrado principalmente en la unificación de doctrina”.

Entrando ya en el análisis de su articulado, cabe destacar:

1º) Respeto del recurso de apelación.

- El nuevo art. **238 bis Lecrim** que introduce la reforma regula el **recurso de apelación contra los autos dictados por las AAPP y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**, determinando, en primer lugar, la competencia funcional para resolverlos; en segundo término, el procedimiento -distinguiendo sus diferentes fases de interposición, admisión, sustanciación, con posibilidad de celebración de vista, y decisión-, y, finalmente, el efecto suspensivo cuando así se prevea expresamente, recogiendo el ap. 7º del mismo art. como uno de tales supuestos el de las apelaciones contra los autos sobre suspensión o sustitución de penas de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal.

Aquí el informe del CGPJ, sobre el mismo art. del anteproyecto, indicó que *“téngase en cuenta que este efecto suspensivo del recurso de apelación, que sólo se produce si está expresamente previsto [vid. el proyectado art. 238 bis.6], sólo se dará cuando la resolución sobre suspensión o sustitución de la pena haya sido dictada por determinados tribunales colegiados, pues a ellos se refiere exclusivamente el art. 238 bis, y no en cambio cuando la decisión proceda de un tribunal unipersonal, por lo que el texto habrá de ser modificado a fin de generalizar el efecto suspensivo que se pretende con independencia del tipo órgano a quo”*.

Continúa el informe en relación a este art., *“... Finalmente, al no hacerse mención a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia ni a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, existe la incógnita de cual será el órgano que conozca del recurso de apelación contra autos interlocutorios o definitivos (vgr. Autos de sobreseimiento definitivo dictado en Procedimiento ordinario) en las causas en que aquellos Tribunales intervengan en primera instancia, pues las respectivas Salas de apelación únicamente conocerán de recursos de apelación contra sentencias (vid. los arts. 57.2 y 77.2º de la LOPJ, y 846 bis de la LECr, conforme a los Anteproyectos). Debe procurarse que la ley determine el órgano funcionalmente competente y no provocar situaciones que obliguen a que las Salas de Gobierno tengan que dictar acuerdos para colmar estas lagunas”*.

- En el nuevo art. **791.1** se prevé que la **celebración de vista en apelación** sea potestativa para el Tribunal (*“Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario judicial señale día para la vista”*). En el anteproyecto, se incluyó un segundo párrafo a este primer apartado, que ahora se suprime y que obligaba a celebrar vista en el supuesto de que, interesada la vista por alguna de las partes, la alegación se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta (23).

Se puede comprobar cómo, a raíz de la siguiente observación del informe de CGPJ, llegó a suprimirse ese segundo párrafo: *“...Como se ve, la reforma es favorable al trámite escrito en detrimento de la oralidad como forma predominante en el proceso penal (art. 120.2 de la CE), lo que puede considerarse, sin menospreciar las ventajas que aportan unas alegaciones en forma escrita, un retroceso respecto a la regulación actual, en que la celebración de vista es preceptiva «si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba» (vigente art. 791.1). Que no sea preceptiva la celebración de vista cuando se admitan nuevas pruebas (por ejemplo, nuevos testigos en los supuestos del art. 790.3 de la LECr), con la sola excepción de que la alegación se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta, supone que las pruebas se practiquen sin las garantías propias del debido proceso, de forma anómala al no intervenir las partes, sin publicidad, oralidad ni contradicción, generando además situaciones de indefensión si ante el nuevo material probatorio no se da traslado a las partes no proponentes y se les priva de la oportunidad de pronunciarse al respecto, sin que se les pueda imponer la carga de hacerlo hasta que las nuevas pruebas hayan sido admitidas por el órgano ad quem, por*

más que en muchas ocasiones los nuevos documentos vayan unidos a los escritos de interposición o de alegaciones”.

- El proyecto (sin modificación alguna respecto del anteproyecto), introduce el nuevo **art. 846 bis**, en el que se insiste (art. 790.1) en la recurribilidad en **apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el ámbito del procedimiento abreviado**, del que conocerán los órganos de segunda instancia ya indicados.

También se hace extensivo **el recurso de apelación al procedimiento ordinario** (art. 846 bis.1), así como a las sentencias dictadas:

a) Por la **Sección de primera instancia de la Sala Segunda del TS**, que serán recurribles ante la Sección de Apelación de esa misma Sala prevista en el artículo 57.2 de la LOPJ (art. 846 bis.2).

b) **En primera instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia**, en cuanto Salas de lo Penal, que serán recurribles ante la Sala prevista en el artículo 77 de la misma Ley Orgánica (846 bis.3).

Parece que no existen diferencias con la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado en cuanto a la interposición del recurso (art. 846 bis.4), remitiéndose expresamente el apartado 4º a los arts. 790 a 792 en lo relativo a la formalización y tramitación del recurso, salvo en los plazos para el señalamiento de vista y para dictar sentencia, cuya duración se aumenta al doble (art. 846 bis.5, señalamiento de vista hasta 30 días y plazo para sentencia, 10 días con vista y 20 días sin vista).

Aquí, el CGPJ, realizó las siguientes precisiones, relativas a la sistemática de dicho precepto: *“1º Debería aclararse el **Título en el que se incluye el nuevo artículo**, pues de otro modo cabría entender que se coloca a continuación del artículo inmediatamente precedente, el 846, con lo que aquél se ubicaría en un lugar sistemáticamente incorrecto, como es el Título VII del Libro IV (Del procedimiento contra reos ausentes).*

*2º El apartado 1 resulta a la vez reiterativo y fuente de equívocos: **reiterativo**, porque vuelve sobre la recurribilidad en apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales en Procedimiento abreviado, ya tratada en el art. 790.1, además de volver a mencionar in fine a las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; y **motivo de confusión**, por la alusión al "procedimiento abreviado", cuando parece que el conjunto del artículo tiene por objeto la apelación contra sentencias dictadas en Procedimiento ordinario, sin perjuicio de establecer, por vez primera en el texto de la Lecrim, la apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, determinando los respectivos Tribunales ad quem.*

*Por otra parte, la correlación entre el Procedimiento abreviado exclusivamente con las Audiencias Provinciales y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se desprende del art. 790.1 y del que ahora se comenta, **puede dar lugar a interpretar que las causas seguidas contra aforados tanto en la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia como en la Sala Segunda del Tribunal Supremo han de sustanciarse, en todo caso, por los cauces del Procedimiento ordinario**, lo cual, además de contravenir las reglas generales sobre tipo de procedimiento en las que la Lecrim no contempla excepción alguna, supone trazar un paralelismo entre dos presupuestos procesales como son la adecuación de procedimiento y la competencia del órgano”.*

- Por último, el informe del CGPJ, hizo dos importantes observaciones, referidas a aspectos no comprendidos en la reforma que guardan relación con el recurso de apelación penal. En el referido informe se decía:

“A pesar del profundo calado de la reforma y que el enunciado de uno de los dos Anteproyectos haga referencia a la "doble instancia penal", lo cual puede llevar a la conclusión de que se proyecta una reforma del recurso de apelación contra sentencias para colmar las carencias que se han detectado en la regulación del procedimiento, se advierte tras la lectura del articulado que la reforma afecta fundamentalmente al aspecto competencial y, secundariamente, a la adaptación de la regulación a las exigencias de doctrina del Tribunal Constitucional en materia de condiciones para la nueva valoración en segunda instancia de pruebas personales practicadas en primer grado, sin que se aproveche la

ocasión para colmar una serie de lagunas detectadas y puestas de manifiesto por la doctrina científica y los tribunales, entre las que podemos destacar las siguientes:

a. En el aspecto competencial, la determinación del Tribunal competente para conocer del recurso de apelación cuando la sentencia de primera instancia haya sido dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia o en el del Tribunal Supremo.

b. En sede de procedimiento:

1º La distinción de los efectos de la sentencia de apelación - reenvío o subsanación y resolución por el tribunal ad quem dependiendo del quebrantamiento de la forma esencial del procedimiento que se haya cometido (art. 792.2).

2º El efecto extensivo de los efectos favorables de la sentencia estimatoria del recurso interpuesto por un condenado a los demás no recurrentes.

3º Los criterios legales a aplicar en la sentencia de apelación en materia de costas.

4º La posibilidad de acordar de oficio la práctica de pruebas en segunda instancia ex art. 729 de la Lecrim, siempre que tratándose de pruebas admisibles conforme al art. 790.3, se encaminen a contrastar y verificar la prueba sobre los hechos, con observancia de las exigencias generales derivadas de la forma acusatoria del proceso penal y la prohibición de la reformatio in peius.

5º La configuración de la adhesión a un recurso de apelación ya interpuesto, a modo de apelación incidental, y, en su caso, la autonomía o supeditación -como sucede en el recurso de apelación contra la sentencia del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado [art. 846 bis b) de la Lecrim]- entre ambas impugnaciones, determinado en el segundo supuesto si la relación es de dependencia formal (el desistimiento de la apelación principal provoca el decaimiento de la adhesiva) y/o material (sujeción de la pretensión de la apelación adhesiva a los términos de la apelación principal).

6º La determinación del plazo para interponer recurso de queja frente al auto de inadmisión del recurso de apelación dictado por el órgano a quo (ex arts. 790.4 en relación con los arts. 213 y 218 Lecrim).

7º La notificación a las partes -a quienes conforme a la ley el órgano a quo no emplaza ante el tribunal ad quem-, de los integrantes de éste a efectos de recusación, ex arts. 203.2 -respecto al magistrado ponente- y 223.1.1º -en el que se consigna el momento y el plazo para proponer la recusación- de la LOPJ.

8º La recurribilidad de la resolución del órgano ad quem sobre admisión de pruebas.

9º La citación y asistencia del encausado a la vista de apelación.

10º Los supuestos, requisitos y efectos del desistimiento y la deserción del recurso.

Asimismo y dada la relación sistemática que tienen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los recursos de apelación y anulación, procedería igualmente fijar los tribunales ad quem funcionalmente competentes para conocer del recurso de anulación cuando la sentencia de primera instancia haya sido dictada en ausencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, salvo que se interprete que la expresión "con iguales requisitos" del art. 793.2 de la Lecrim, que remite a la regulación del recurso de apelación contra sentencias, incluya la determinación del órgano decisorio del recurso de anulación.

2º) Respetto del recurso de casación.

- El nuevo **art. 847** relativo a las **resoluciones recurribles en casación**, distingue:

a) Por una parte, las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por las AAPP, en causas seguidas por delito, en que se hubiere impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente, superen los tres años.

b) Las definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Penal o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

c) Las definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

d) Las definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala del TSJ prevista en el art. 77 LOPJ.

En el apartado 2 del citado art. también se permite el recurso de casación conforme a lo previsto en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art. 42: recurso de casación para unificación de doctrina) y en la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ (apartado 7: recurso de casación contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación; y apartado 8: recurso de casación para la unificación de doctrina contra los autos de las AAPP y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria).

A pesar de que el precepto distingue claramente los distintos supuestos donde procede el recurso, el informe del CGPJ, incluso con base en una regulación mucho más escueta en el anteproyecto (24), llegó a indicar que *“La redacción del apartado 1 podría abreviarse si alterar su contenido con disponer que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia en causas por delito, salvo las procedentes de la Sección de Apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”*.

Además, en las observaciones a este precepto añadió: *“La exclusiva referencia a las resoluciones en forma de sentencia habrá de interpretarse como una **tácita derogación de aquellas disposiciones de la Lecrim que mantienen el recurso de casación frente a determinados autos**. Así como la reforma modifica los arts. 636 y 988 sustituyendo el recurso de casación por el de apelación, debería pronunciarse a las menciones que al recurso de casación se hacen en los arts. 25, 31, 32, 35, 37, 40, 43, 69 y 625”*.

A pesar de esta advertencia, el proyecto no hace mención alguna al recurso de casación en los anteriores preceptos.

A continuación, el informe del CGPJ, denunciaba en general la falta de regulación del recurso respecto de algunos procesos especiales. Concretamente indicaba:

*“ En cuanto al **recurso de casación para unificación de doctrina establecido en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**, la reforma se limita a remitirse a lo ya establecido, sin dar solución a los importantes problemas interpretativos detectados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en Sentencia núm. 115/2003, de 5 de febrero, refiere la existencia de «puntos que en la regulación legal han quedado oscuros o insuficientemente resueltos pese a la primordial remisión a al Ley de Enjuiciamiento Criminal», para señalar como modelos que han de ser tenidos en cuenta a fin de salvar los problemas hermenéuticos, en primer lugar, el recurso para unificación de doctrina regulado en los arts. 216 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, en segundo término, el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y ss. de la Lecrim.*

*Situación similar a la anterior se ha producido respecto al **recurso de casación para unificación de doctrina en Derecho penitenciario**, al no hacerse eco la reforma de los particulares problemas procesales que suscita este recurso en materia de requisitos, sustanciación y decisión, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha intentado solventar en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2004, cuyos términos han sido recogidos en Sentencias núms. 1097/2004, de 30 de septiembre, y 1388/2004, de 24 de noviembre.*

Finalmente y ante el interés general afectado por la extraterritorialidad de la ley penal española, debería contemplarse la recurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en materia de jurisdicción penal internacional”.

- El **art. 848** tiene por objeto los **motivos del recurso de casación**. Este precepto indica que dicho recurso se fundamentará en:

“a) Contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrina del Tribunal Constitucional.

b) 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.

2. La contradicción alegada deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida. Además, la contradicción solo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales”.

Se dejan sin contenido los arts. 849 (motivos de casación por infracción de ley), 850 (motivos de casación por quebrantamientos de forma durante la sustanciación de juicio oral), 851 (motivos de casación por quebrantamientos de forma en la constitución irregular del Tribunal o por adolecer la sentencia de determinados vicios procesales) y 852 (motivo de casación por infracción de precepto constitucional).

En este punto, a raíz del informe del CGPJ que alegaba que el nuevo sistema se consideraba como un grave error de concepción en los motivos de casación ya que no se hacía mención alguna a la igualdad sustancial de los casos para poder hacer valer la contradicción, se incluyó el párrafo 2º *in fine*.

Además, dicho informe indicaba que el motivo referente la contradicción de la sentencia con otra sentencia dictada por el mismo tribunal, no debería incluirse como motivo de casación-con base en la propia naturaleza extraordinaria del recurso-, ya que se trata de un supuesto de desigualdad en la aplicación de la ley por el mismo tribunal, con vulneración del art.14 CE, que en cualquier caso, podrá ser objeto de recurso de amparo ante el TC.

Por otra parte, consideraba que la *evidenciada* infracción de normas legales o constitucionales, no constituye el motivo de casación, ya que debe entenderse como un elemento complementario del motivo basado en la contradicción con la jurisprudencia, y la *relevancia* a que se refiere el precepto se entiende como necesaria para suprimir de la casación las posibles infracciones de menor entidad cometidas en la construcción argumental de la sentencia, si bien dicha relevancia deberá estar referida a la propia argumentación de la sentencia y no al sentido del fallo.

En definitiva, se concluía argumentando que "...la desaparición de la alegación de sentencias contradictorias procedentes de tribunales de segunda instancia como filtro principal de admisión del recurso de casación, unido al acceso a la casación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, además de **desnaturalizar un recurso de casación que se pretende unificador de doctrina**, puede traducirse en un **grave problema de saturación de asuntos en la Sala Segunda de Tribunal Supremo**".

- El art. **856**, en sede de **preparación del recurso** de casación, en línea con el párrafo primero del vigente art. 855, tras establecer como requisito del **escrito de preparación** la expresión del motivo en que se ampara, introduce la novedad a tener en cuenta el juicio de admisión en esta primera fase, de exigir cierta **motivación** concretada en las "*las razones jurídicas que se alegarán en el ulterior escrito de interposición del recurso y en qué sentido afecta al fallo de la sentencia que se pretende recurrir, la contradicción o la ausencia de jurisprudencia que se alega*".

En particular, el apartado 2 de este art. exige la expresión de las sentencias que pongan de manifiesto, respectivamente, la contradicción con la jurisprudencia del TS o la sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia o AAPP que resulta contradictoria con la que se pretende recurrir.

Aquí el informe del CGPJ, indicó la conveniencia de sustituir la expresión "jurisprudencia contradictoria", para referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contradicha por la resolución impugnada [motivo a) del art.848], por otra que no tache de contradictoria a la jurisprudencia.

- El art. **859**, también incluido en la **regulación de la preparación del recurso de casación mantiene la posibilidad de adhesión al recurso de casación**, adhesión que por los términos en que está expresada puede ser principal ("alegando los razonamientos que le convengan") y no supeditada, lo que supone otorgar a quien no ha recurrido en plazo nuevas oportunidades para impugnar (durante el emplazamiento ante la Sala Segunda – nuevos arts. 873 y 874- o en el plazo para instrucción tras la formalización del recurso preparado por la parte recurrente).

En este art. el informe del CGPJ, entendía que este tratamiento de la adhesión debía ser rechazado ya que así lo había reiterado en sucesivas ocasiones el TS: "...la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse o unirse en el

recurso complementando los esfuerzos en pos de un mismo objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo habría caducado» (Sentencia núm. 383/2002, de 6 de marzo, reiterando las Sentencias núms. 1023/1999 y 393/2000).

En cuanto a la precisión del léxico empleado, la palabra "término" (sic) resulta obvio que debe sustituirse por "plazo" para referirse al lapso de tiempo que comprende un emplazamiento. Este uso se repite en los nuevos arts. 868 y 873.

- El **art. 874**, en **materia de interposición del recurso** de casación, está dedicado al contenido de los escritos de interposición y de adhesión, así como a los documentos que deberán acompañar, en el que se mantiene sustancialmente la redacción actual, si bien, por una parte, se suprimen las referencias a los motivos de casación que desaparecen -como la reclamación para subsanar el quebrantamiento de forma que se suponga cometido-, y, por otro lado, se añaden nuevas exigencias relevantes a efectos de admisión del recurso, entre las que destacan:

1º) La cita y argumentación de las sentencias cuya jurisprudencia es contradicha por la resolución recurrida, o de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional o AAPP que resultan contradictorias con la que se pretende recurrir.

2º) La aportación, en número equivalente al de partes personadas, de copia certificada de la sentencia o sentencias alegadas con mención de su firmeza o, en su defecto, de copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquélla, en cuyo caso, el secretario judicial la reclamará de oficio, contemplándose la posibilidad de subsanación de la falta de aportación de copias en un plazo de tres días.

- El **art. 882 bis**, en sede de **sustanciación del recurso**, suprime la previsión actual que faculta a las partes a solicitar la celebración de vista, dedicándose el texto de la reforma a la decisión del Tribunal sobre este punto -ahora en el art. 893 bis a) y que la reforma suprime-, el cual acordará la celebración de vista en todos aquellos casos en que considere que existe un interés relevante y señalará los puntos sobre los que versará el acto. Desaparecen, por tanto, los supuestos en que era preceptiva la celebración de vista, que se deja al criterio exclusivo de la Sala.

- El **art. 884**, relativo a las **causas de inadmisión** total o parcial del recurso, mantiene las mismas causas de los actuales arts. 884 y 885, pero incluyendo otros y su nueva redacción es la siguiente:

“1. El recurso será inadmisibile:

1.º 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.

2.º Cuando se interponga contra resoluciones distintas de las comprendidas en el artículo 847 y especificadas en el escrito de preparación del recurso de casación.

3.º Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos.

4.º Cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición.

5.º Cuando carezca manifiestamente de fundamento.

6.º Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

2. La inadmisión de recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a algunos de ellos.

3. Antes de resolver sobre la causa de inadmisión alegada, la Sala podrá oír a las partes personadas en el plazo de diez días”.

Se pueden realizar las siguientes precisiones:

1º) Se exige la unidad de alegaciones entre el escrito de preparación y el de interposición (art. 884.1º).

2º) Desaparecen las referencias al documento demostrativo del error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 849.2º hoy vigente) y a la reclamación de la subsanación de la falta

mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta en los quebrantamientos de forma del actual art. 850 (puede entenderse referido al nuevo art. 884.5º). No obstante no debe olvidarse la coherencia con el requisito de formular protesta previsto en los arts. 659, 709 y 786.2 de la Lecrim.

La reforma parece mantener en general la configuración actual del trámite, basada en señalar causas de inadmisión, pero sin embargo el informe del CGPJ, indicó que *“...la tendencia reformadora que se está produciendo en sede de recursos extraordinarios y de amparo sustituye las causas de inadmisión por causas de admisión, haciendo bascular el juicio de admisibilidad desde una perspectiva negativa – inadmisión, sólo si concurren determinados supuestos que la determinan –, hacia otra perspectiva positiva, conforme a la cual sólo se acordará la admisión del recurso cuando concurren todos y cada uno de los requisitos expresamente previstos”*.

- El **art. 893**, referido a la **resolución sobre admisión del recurso** y, en su caso, de la adhesión, establece como importante novedad que la forma que aquélla revista dependerá de si se ha dictado por unanimidad -providencia- o por mayoría -auto-. En el caso de que se resuelva por providencia, debe entenderse la exigencia de una sucinta motivación que exprese la causa de inadmisión o el requisito de admisión que se incumple.

- En el **art. 901**, relativo al **contenido de la sentencia de casación**, se distingue según sea el sentido -estimatorio o desestimatorio- del fallo, incorporando en su apartado I el sentido del actual art. 902, sobre la segunda sentencia en el caso de estimación de motivos fundados en infracción de ley, y se añade que, tras casar la resolución impugnada y resolver sobre el asunto, se declarará lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial y, en el supuesto de que el recurso de casación se hubiere fundamentado en el motivo b) del art. 848, se efectuará el pronunciamiento sobre la contradicción alegada.

Aquí, el informe del CGPJ indicaba: *“El tenor de la reforma en cuanto al contenido del fallo de la sentencia de casación (la Sala «resolverá sobre el asunto, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial»), deja abierta la posibilidad de reenvío a instancias anteriores cuando la contradicción con la jurisprudencia “evidencie” la infracción de una norma procesal determinante de nulidad de actuaciones con efectos ex tunc. No obstante, es aconsejable que los efectos de la sentencia de casación vengan claramente preestablecidos, dependiendo del contenido del fallo, singularmente cuando la contradicción afecte a normas procesales reguladoras de la sentencia (vgr., sobre congruencia, exhaustividad o motivación) que se ha venido asimilando a estos efectos a los errores in iudicando”*.

- Respecto de la **derogación del art. 902**, suprimiendo la llamada “segunda sentencia” (denominada sentencia rescisoria), en la que se aplica correctamente el derecho una vez dictada la sentencia que casa la resolución impugnada (sentencia rescindente) -respondiendo la dualidad de sentencias al carácter originario de la casación (casación de la sentencia impugnada y reenvío para nueva sentencia) -, debe entenderse que con la reforma se acumulan ambos pronunciamientos en una única resolución.

- Por último, el nuevo **art. 903** señala: *“Los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias distintas de la impugnada”*.

Este precepto se modifica en concordancia con la jurisprudencia contradictoria que se haya podido alegar como fundamento del motivo de casación, para excluir de los efectos de la sentencia de casación las situaciones jurídicas creadas por las sentencias distintas de la impugnada. Este nuevo texto sustituye íntegramente el contenido actual del art. 903 Lecrim, según el cual la nueva sentencia aprovechará a los demás procesados no recurrentes en lo que les fuere favorable, disposición que ahora no se recoge y que tal vez debería haberse mantenido para evitar posibles pronunciamientos contradictorios *contra reo* en asuntos sustancialmente iguales.

CONCLUSIONES.

A modo de síntesis, y teniendo en cuenta la evolución de la doctrina del TC sobre la segunda instancia en el proceso penal, se partió de la premisa de que la CE no exige que toda resolución jurisdiccional pueda ser susceptible de impugnación en vía ordinaria, sino que incluye el derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), según la interpretación que de este derecho ha realizado el TC.

No obstante, se observó que la única excepción a esta regla general procedía del art. 14.5 del PIDCP, norma de derecho interno español (art. 96.1 CE) que a la vez ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas (art. 10.2 CE), conforme al cual *"toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"*.

Ahora bien, este derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena por un tribunal superior no tenía como correlato necesario la implantación de un recurso de apelación que abriera la segunda instancia.

El Dictamen del CDH de 20 de julio de 2000 (Comunicación N° 701/1996, Gómez Vázquez c. España), cuyas consideraciones sobre el fondo se reafirman en Dictámenes posteriores ya citados, concluyó que la inexistencia en el recurso de casación de posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor sean revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto, por lo que al condenado le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, con violación del citado precepto. El Comité también manifestó que el Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

Ante estas consideraciones del citado Comité, reiteradamente declaró el TC (SSTC 105/2003, de 2 de junio, 70/2002, de 3 de abril y 80/2003, de 28 de abril, ya citadas) que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 del citado Pacto, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto (25).

En respuesta a las Declaraciones del CDH, el legislador español dio un primer paso en la implantación de forma generalizada de un sistema de doble instancia con la promulgación de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ.

Se configuró una nueva orientación jurisprudencial del TC, iniciada a partir de la STC (Pleno) núm. 167/2002, de 18 de septiembre, considerando que con base en los principios de publicidad, intermediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, resultando necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Así pues, para afrontar esta situación, la citada LO 19/2003 creó órganos de apelación y se remitió en la disposición final segunda a los proyectos de ley que el Gobierno habría de remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año. En virtud de este mandato, el proyecto de reforma a que se ha hecho referencia en el último epígrafe de este trabajo intenta completar el aspecto orgánico y regula la materia procesal, siguiendo respecto a la segunda instancia el modelo de apelación limitada adoptado en la actual regulación del Procedimiento abreviado (26).

No obstante, se permite en nuestro recurso de apelación, tanto la práctica de nuevas pruebas de modo excepcional en supuestos tasados, como la nueva valoración del material probatorio de la primera instancia, si bien y respecto a la preceptividad de la vista relativa a las pruebas personales, en casos de impugnación de sentencias absolutorias o de agravación de penas, recogiendo la reciente jurisprudencia del TC antes citada, finalmente se suprimió dicha exigencia (que inicialmente se introdujo en el anteproyecto en el párrafo 2° del art. 791), ya que en definitiva debía considerarse que dicha vista igualmente debería ser preceptiva en los supuestos de sentencias condenatorias, en virtud del derecho del acusado a la presunción de inocencia, pues en caso contrario, debería tenerse en cuenta que los medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia podrían ser las únicas pruebas en las que se fundamentara la condena del acusado absuelto en la primera instancia.

Por tanto, la segunda instancia que diseña la reforma parece responder al actual recurso de apelación en sede de Procedimiento abreviado, cuya tramitación permanece sustancialmente igual y se extiende al Procedimiento ordinario, con ciertas modificaciones a las que se ha hecho referencia.

Respecto del recurso de casación, el nuevo sometimiento del fallo y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a una instancia superior la aplicación de la norma jurídica sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia, lo que evidentemente no permite el actual recurso de casación ni siquiera a través del motivo del art. 849.2.° Lecrim (error en la valoración de la prueba), si no es despojándolo de su auténtico sentido. Éste parece ser el sentido de la garantía impugnatoria que para el condenado estableció tanto el art. 14.5 PIDCP como el art. 2.1 del Protocolo adicional del CEDH.

No obstante con la reforma mencionada, generalizando la segunda instancia, el legislador ha querido darle al recurso de casación una finalidad unificadora, pretendiendo indirectamente descargar el volumen de asuntos por dicho recurso y, por tanto, a la Sala 2ª del TS, de toda revisión del juicio de hecho y reconducir su intervención a consolidar jurisprudencia sobre todo el derecho penal, corrigiendo las desviaciones de la doctrina jurisprudencial en que incurran los tribunales inferiores, creando por tanto un modelo de casación en el que la única finalidad aparente es la unificación de doctrina, basada en los beneficios que aporta a la igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica.

Para esto, la reforma parece basarse en los siguientes aspectos:

1°) La generalización de la segunda instancia para extraer del recurso de casación las cuestiones de hecho, en las que se había extendido para compensar lo que consideraba un déficit de la única instancia (ya se amplió la casación con la introducción del error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 Lecrim ya citado).

2°) La recurribilidad en casación se extiende a las sentencias dictadas en segunda instancia en causas por delito, siempre y cuando las penas impuestas, conjunta o separadamente, superen los tres años de prisión. Aquí se comprueba cómo el criterio de la gravedad de la pena a imponer determina el acceso a este recurso, de forma que la Sala Segunda del TS únicamente podrá pronunciarse partiendo de condenas impuestas en causas por delitos graves.

3°) Se establecen dos motivos de casación, siendo el principal de ellos la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del TS o la doctrina del TC (el otro se refiere a la contradicción del resto de órganos jurisdiccionales), exigiendo para la concurrencia de dicha contradicción, la evidencia de infracción de normas constitucionales o legales, su relevancia para el fallo y en casos sustancialmente iguales.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CUADRADO, M.P. *La segunda instancia penal*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2005. 313 pp.

GONZÁLEZ PASTOR, C. "¿ Resulta acorde la normativa procesal penal española en materia de recursos con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 ? ". *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 600, noviembre 2003.

MONTÓN GARCÍA, M. " Hacia la generalización de la segunda instancia en el proceso penal". *La Ley Penal*, núm. 4, abril 2004.

MUERZA ESPARZA, J.J. " Sobre la reforma de la LOPJ y la segunda instancia penal ". *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 595, noviembre 2003.

ORTELLS RAMOS, M. " Sobre el régimen de los recursos en el proceso penal abreviado". *Revista General del Derecho*, núm.624, 1996. pp. 10.135-47.

ORTELLS RAMOS, M- TAPIA FERNÁNDEZ, I (Coord.). *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor. Pamplona 2005. 1525 pp.

VALLINES GARCÍA, E. "Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: estado de la cuestión a la luz del derecho del condenado a la revisión de su sentencia y del principio de inmediación", *La Ley Penal*, núm. 23, enero 2006.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. núm 69-I, 27 de enero de 2006, serie A: proyectos de ley. VIII legislatura. <http://www.justicia.es> (canal iniciativas en trámite).

Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. <http://www.poderjudicial.es>.

NOTAS

(1) El PIDCP fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 2200 (XXI) y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En virtud del art. 96.1 CE se convirtió en derecho interno para España por instrumento de ratificación de fecha 27 de abril de 1977 (BOE del 30).

En el citado art. se señala que “ Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley ”.

(2) En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M.P. *La segunda instancia penal*. Ed. Aranzadi. Pamplona 2005. p. 162, indica, refiriéndose al compromiso adquirido por todos los estados firmantes, entre los que estuvo España sin reserva alguna, que obviamente no afectaba a las sentencias absolutorias ni a los pronunciamientos sobre responsabilidad civil de las mismas, y que la posibilidad de impugnación debía circunscribirse a un recurso devolutivo con suficiente amplitud como para permitir la revisión del juicio efectuado, pero la duda se plantea en el alcance de esa potestad revisora que se concede al Tribunal *ad quem* en el sentido de determinar si recae sólo sobre el derecho aplicado al caso concreto o incide también en los hechos declarados probados en la sentencia.

(3) Esta última sentencia (RTC 2001/64), comienza en su FJ 1º : “ Es procedente recordar, en primer término, que este Tribunal ha declarado que el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art.24.2 CE ”.

(4) TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor. Pamplona 2005. p. 1099, refiriéndose a la rigurosidad en la exigencia de interpretación de las causas de inadmisión del derecho al recurso en los supuestos en los que la inadmisión del mismo veda el acceso a una revisión del fallo condenatorio por un Tribunal superior, conforme se señala en la jurisprudencia constitucional (SSTC 130/2001 y 11/2003, entre otras), indica que por ese motivo el TC “ha sido muy severo en la interpretación de los motivos de inadmisión del recurso de casación, ya que con ello se veda el acceso a una revisión del fallo condenatorio por un Tribunal superior, dado que el recurso de casación, en nuestro sistema procesal penal, *cumple el papel de Tribunal Superior que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal*” (la cursiva se refiere textualmente al FJ 2º de la STC 71/1992, que cita la autora).

(5) De la jurisprudencia de nuestro TC, se pueden extraer varios supuestos:

1º) El auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado (STC 54/1991, 11 de marzo).

2º) Auto denegatorio del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena (STC 224/1992, de 14 de diciembre).

3º) Auto de sobreseimiento provisional dictado en un procedimiento abreviado (ATC 404/1997, de 9 de diciembre).

4º) Auto de inadmisión del recurso de apelación contra la resolución dictada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que sea, a su vez, resolutoria de un recurso de apelación (poralzada en vía administrativa) contra una resolución administrativa (STC 169/1996, de 29 de octubre).

No obstante, conviene recordar, siguiendo a ORTELLS RAMOS, M. "Sobre el régimen de los recursos en el proceso penal abreviado". Revista General del Derecho, núm.624, 1996. pp. 10.135-47, que respecto de la apelabilidad en el procedimiento abreviado de determinados autos, no existía divergencia doctrinal alguna, y en este sentido se indicaban (antes de la reforma por Ley 38/02 y LO 8/02, del título II, libro IV Lecrim):

1º) Los del instructor que, concluyendo las diligencias previas, contengan alguno de los pronunciamientos previstos en el artículo 789.5.1ª, 2ª y 3ª.

2º) Los del instructor por los que se acuerde el sobreseimiento o se deniegue la apertura del juicio oral (art. 790.6.I, 7.II y 3).

3º) Los del juez de Lo Penal por los que se liquide, tras el correspondiente incidente, la condena genérica a indemnización (art. 798.1ª, II), y ningún otro auto de juez de Lo Penal, como por ejemplo, el que, separadamente de la sentencia, se pronuncia sobre la remisión condicional de la pena, o sobre el límite de cumplimiento de penas conforme al art. 70.2º del Código Penal (art.988, III). Estos autos serán recurribles en queja, previa reforma.

(6) Concretamente, el párrafo 11.1 del citado dictamen decía: " El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende la propia sentencia de casación [...] limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena en violación del párrafo 5 del art. 14 del Pacto". A este dictamen han seguido otros de contenido similar: 30 de julio de 2003 (comunicación 986/2001, caso Semey), 7 de agosto de 2003 (comunicación 1007/2001, caso Sineiro Fernández), 1 de noviembre de 2004 (comunicación 1101/2002, caso Alba Cabriada) y 29 de marzo de 2005 (comunicación 1104/2002, caso Martínez Fernández).

(7) Al margen de lo ya indicado, el actual régimen dispar de impugnación se caracteriza por mantener una doble instancia para las faltas y el procedimiento abreviado cuando la competencia objetiva se atribuya a los Juzgados de Lo Penal o Centrales de Lo Penal, y una instancia única para el procedimiento ordinario por delitos y el abreviado cuando la competencia objetiva se atribuya a las AAPP.

(8) Por Ley 6/1985, de 27 de marzo, se dio nueva redacción al segundo de los motivos previstos en dicho precepto como posibles en casación por infracción de ley, señalando expresamente: " Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios ". En este sentido la STC 37/88 (Pleno), núm. 67, de 3 de marzo (RTC 1988/37), ponente Excmo.Sr. Tomás y Valiente, en su FJ 5º, después de reconocerle al recurso de apelación, en determinados supuestos, la función asignada al Tribunal superior a que se refiere el art 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, añade que " de la lectura del art.14.5 del Pacto se desprende claramente que no establece una doble instancia, sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación penal, este Tribunal ha entendido que tal recurso, a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art.14.5 del Pacto". Así pues, lo que parece claro es que la interpretación que debe darse al art. 14.5 estaría más acorde con el llamado "derecho al recurso", que además ha sido reiterada por la jurisprudencia posterior en la materia. En el mismo sentido, vid. SSTC 80/2003 de 28 de abril, 105/2003 de 2 de junio y 123/2005 de 12 de mayo, y respecto del TS (sala 2ª), ATS de 14 de diciembre de 2001, ponente Sr. Sánchez Melgar (RJ 2001/10012) y SSTS 692/2002 de 18 de abril, ponente Sr. Delgado García (RJ 2002/4782); 37/2003 de 22 de enero, ponente Sr. Conde Pumpido-Tourón

(RJ 2003/1067); 474/2004 de 13 de abril, ponente Sr. Monterde Ferrer (RJ 2004/3260); 183/2005 de 18 de febrero, ponente Sr. Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2005/5295) y 807/2005 de 22 de junio, ponente Sr. Maza Martín (RJ 2005/6598).

(9) Por la “comunicación escrita” núm. 701/1996 (caso Gómez Vázquez contra España), llegó al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la cuestión de si el recurso de casación Español había cumplido con lo preceptuado en el PIDCP. Resumiendo dicho dictamen (20 de julio de 2000), cabe destacar que la respuesta negativa del Comité se basó en que las razones jurídicas previstas para el recurso de casación son muy limitadas, no existiendo posibilidad de que el Tribunal de casación vuelva a evaluar las pruebas ya que el comunicante fue condenado con base en una prueba testifical contradictoria, sin posibilidad alguna de que pudiera pedir el reexamen ni una nueva evaluación de las pruebas ante una instancia superior, la cual sólo se ocupó de los aspectos jurídicos de la sentencia.

(10) No obstante, como menciona VALLINES GARCÍA,E, “Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: estado de la cuestión a la luz del derecho del condenado a la revisión de su sentencia y del principio de inmediación”, *La Ley Penal*, nº 23, enero 2006, p.16, “...las reformas que la citada ley orgánica 19/2003 introdujo en la LOPJ con la finalidad de generalizar la segunda instancia penal necesitaban completarse con una reforma del sistema de recursos de la Lecrim que, hasta el momento, no se ha producido. En este sentido, se ha incumplido la Disposición Final 2ª de la LO 19/2003, que, bajo la rúbrica “adecuación de normas procesales”, establecía que en el plazo de un año, el gobierno remitirá a las Cortes generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley”.

(11) TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El proceso penal en la doctrina....cit. p.1116*, en los comentarios a la primera sentencia citada (RTC 2002/70), respecto de su FJ 7º, indica que “...las competencias del Comité, en virtud de los arts. 41 y 42 del Pacto y del Protocolo facultativo de 16 de diciembre de 1966, le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estados parte que aleguen que otro Estado parte incumple las obligaciones del pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y, respecto de las comunicaciones, en virtud del art.5 párrafo 4 del Protocolo, para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto. Y esto es lo que se produce en el Dictamen de 20 de julio de 2000.....supuesto bien distinto al que aquí se analiza”.

(12) En este sentido, GONZÁLEZ PASTOR, C. “¿ Resulta acorde la normativa procesal penal española en materia de recursos con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 ? “. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 600, noviembre 2003, refiriéndose a la polémica suscitada entre la única o doble instancia penal, señalaba que “...el principio de inmediación, del que carece el Tribunal de apelación, impide que éste tenga las mismas facultades que el juez de instancia [...] el principio de inmediación, que únicamente tiene el órgano jurisdiccional que celebra el juicio, haría difícil -por no decir prácticamente imposible- el estricto cumplimiento del principio de la doble instancia penal, salvo que el Tribunal que conociera del recurso tuviera las mismas posibilidades de inmediación que el primero, es decir, que la legislación le permitiera la nueva celebración del juicio capaz de situarle en idénticas condiciones a las que estaba el juez de instancia”.

(13) TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El proceso penal en la doctrina....cit. p.1122*, cita varios supuestos, entre los que cabe destacar:

- El TC inadmitió a trámite una demanda de amparo, cuando se ejercitó por la acción popular, pretendiendo el procesamiento de otras personas ya que se les había

denegado la querrela formulada en la instrucción, ya que no se trataba del culpable penado por delito ni de sentencia criminal condenatoria (AATC 80/1993 y 353/1988).

- Tampoco se extiende dicho derecho (a un Tribunal superior), a cualquier incidente o cuestión suscitada en la causa penal (STC 41/1998).
- Tampoco alcanza a las sanciones disciplinarias impuestas a los internos de los centros disciplinarios, porque tales sanciones no tienen naturaleza penal sino administrativa (STC 169/1996).

(14) En este sentido la STC 120/1999 (RTC 1999/120), en su FJ 2º, indica que en estos casos (fallo condenatorio que proviene de un recurso interpuesto contra el anterior absolutorio) no se produce una vulneración a la segunda instancia penal ya que "...desde el punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general no se produce cuando las pretensiones del actor han sido examinadas y resueltas conforme a derecho por dos órganos judiciales distintos, tras lo cual, difícilmente podrá hablarse de un fallo irreflexivo o sorpresivo".

(15) La STC 170/2005 (RTC 2005/170) de 20 de junio, en su FJ 2º, refiere la exigencia de esa inmediación según los casos, haciendo alusión a las sentencias anteriores sobre estos supuestos, así pues se dice: "...El pleno de este Tribunal, en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre FFJJ 9º y 10º, ha precisado la doctrina en relación con la exigencia de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 del CEDH, en la interpretación que de él viene haciendo el TEDH. [...] deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 CE, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia, si bien ello no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar [...] resuelven supuestos en los que, tras una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria, después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción [...]".

(16) El apartado I del citado art. establece: " Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada".

(17) En este punto resulta interesante la reflexión propuesta por MUERZA ESPARZA, J.J. " Sobre la reforma de la LOPJ y la segunda instancia penal ". *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 595, noviembre 2003, cuando, refiriéndose a la generalización de la segunda instancia penal que se propugnó con la reforma de la LOPJ por LO 19/2003, indicó la exigencia, al mismo tiempo, de un nuevo planteamiento sobre la dimensión que debía tener el recurso de casación (ya que esa incorporación de la segunda instancia debería referirse básicamente a los procesos por delitos graves- abreviado y ordinario-), planteando los siguientes interrogantes: " ¿ Será la gravedad de la pena a imponer el requisito para el acceso al recurso extraordinario? ¿Seguirá el legislador

procesal penal el sistema establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconduciendo el recurso de casación a su finalidad originaria? ”.

(18) MONTÓN GARCÍA, M. “ Hacia la generalización de la segunda instancia en el proceso penal”. *La Ley Penal*, núm. 4, abril 2004, indicaba, comentando la reforma operada por LO 19/2003, que “...se abre el camino para que todas las sentencias dictadas en el proceso penal, cualquiera que sea el órgano que las dicte (...) puedan ser recurridas en apelación, manteniéndose la casación en los términos que definitivamente se establezca, porque no hay que olvidar que actualmente sólo cabe este recurso contra sentencias dictadas en única instancia, y esto va a desaparecer cuando rijan definitivamente la segunda instancia”.

(19) Dicho proyecto, en la actualidad- enero de 2007-, se encuentra en fase de informe ante la Comisión de Justicia del Senado.

(20) Así lo indica, CALDERÓN CUADRADO, M.P. *La segunda instancia...cit.p. 30*, cuando, refiriéndose a la ampliación realizada en el recurso de casación, a fin de dar cumplimiento a las exigencias internacionales, señala que en la actualidad el recurso de apelación y casación tienen una “asimilación práctica”, ya que por una parte, el recurso de casación excede de su ámbito, al entrar en la fiscalización del juicio de hecho mediante la verificación judicial del error en la apreciación de la prueba en virtud del control de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el respeto al art. 14.5 PIDCP (arts. 24.2 CE, 5.4 LOPJ y 849 y 852 Lecrim), y por otra parte, el recurso de apelación ve reducidas sus posibilidades de revisión fáctica, consecuencia de la falta de intermediación.

(21) El pleno del CGPJ, en su reunión del día 3 de octubre de 2005, aprobó el informe al anteproyecto de ley por la que se modifica la Lecrim, la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad, teniendo entrada en el registro del CGPJ el día 22 de julio de 2005.

(22) Es el proyecto de Ley Orgánica 121/000069 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. Fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 27 de enero de 2006, y respecto de la modificación de la Lecrim, consta de 223 apartados que se encuentran ubicados a lo largo de su art. segundo.

(23) Son interesantes las observaciones que realiza CALDERÓN CUADRADO, M.P. *La segunda instancia ...cit.p.182*, a la redacción de dicho precepto por el anteproyecto (art. 791.1, preceptividad de la vista en los supuestos indicados), cuando indica: “...no podemos dejar de reiterar que dicha solución puede volverse en su contra si cambiara –y es más que posible- la doctrina del TC: ¿ Que pasaría si se exigiera la garantía de intermediación cuando recurre el condenado por error similar en el juicio de hecho? ¿Se impediría igualmente al Tribunal *ad quem* efectuar una nueva valoración de la actividad probatoria de naturaleza personal en apelación no practicada? ¿Se estaría acatando entonces el derecho del declarado culpable a la revisión íntegra del fallo condenatorio y de la pena impuesta? ”.

(24) En el anteproyecto, únicamente se distinguían tres de los cuatro primeros apartados que ahora se recogen en el proyecto, no haciendo mención alguna al límite (mínimo) en función de la pena sentenciada por las AAPP que ahora se contempla (3 años), manteniéndose el resto invariable.

(25) Por su parte, la Sala 2ª del TS, se ha manifestado de modo constante en este mismo sentido en los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de 13 de septiembre de 2000 y de 28 de

septiembre de 2001, en el Auto de 14 de diciembre de 2001 y en distintas sentencias, pudiendo citarse entre las más recientes la núm. 1487/2004, de 13 de diciembre.

(26) La apelación plena supone un nuevo juicio en las mismas condiciones que el de primera instancia. Por el contrario, en la apelación limitada no se está ante un nuevo juicio –una segunda instancia en sentido propio-, sino ante el control de lo decidido y resuelto en la primera instancia.