

LA LEY Penal

REVISTA DE DERECHO PENAL,
PROCESAL Y PENITENCIARIO

Número 64

Año VI

Octubre 2009

Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales



Modos y formas ante los Tribunales

El éxito de ventas de la 1ª edición, nos ha llevado a realizar una 2ª edición de este libro fruto del resultado de reuniones de trabajo realizadas con representantes de todos los ámbitos jurídicos: los presidentes de los respectivos colegios profesionales, el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Fiscalía, Forenses, Abogacía del Estado... Todos ellos han puesto a disposición de la autora el material preciso para la realización del libro, lo que supone un reconocimiento a la necesidad de un trabajo de estas características.

La experiencia de la autora, ejerciendo en el ámbito jurídico desde hace dieciocho años, ha proporcionado el conocimiento suficiente para conocer la mejor manera de dar respuesta a situaciones que quedan fuera de la aplicación de las leyes, que forman parte del desarrollo cotidiano de la vida de un juzgado para las que no hay una solución escrita, pero que son imprescindibles para mantener la solemnidad de la Administración de Justicia. Por ello, en el libro quedan plasmados aquellos comportamientos de índole formal que merecen ser sistematizados, analizados y mejorados.

ha proporcionado el conocimiento suficiente para conocer la mejor manera de dar respuesta a situaciones que quedan fuera de la aplicación de las leyes, que forman parte del desarrollo cotidiano de la vida de un juzgado para las que no hay una solución escrita, pero que son imprescindibles para mantener la solemnidad de la Administración de Justicia. Por ello, en el libro quedan plasmados aquellos comportamientos de índole formal que merecen ser sistematizados, analizados y mejorados.

LA LEY
Temas

AUTORA: Purificación Pujol Capilla
Páginas: 312 / Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-8126-258-2

Novedades editoriales LA LEY

Adquiera hoy mismo su ejemplar.
Para ello, rellene este cupón y envíenoslo al...

FAX: 902 42 00 12

Empresa/Organismo _____ Dpto. _____
Apellidos /Nombre _____
NIF/CIF (Imprescindible) _____ Profesión _____ Especialidad _____
Dirección _____ Ciudad _____
E-mail _____ C.P. _____ Teléfono _____ Fax _____

FORMA DE PAGO

- Domiciliación bancaria
- Contra reembolso

Muy Sres. míos: Por favor carguen el recibo que les presentará WOLTERS KLUWER ESPAÑA-EL CONSULTOR a mi nombre en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros.

Código Cuenta Cliente

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta

Sí, deseo recibir ejemplar/es del libro:

Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales.
Modos y formas ante los Tribunales

Precio: 31,73 € + 4% IVA
TOTAL: 33 €

Código de Producto: 2009691

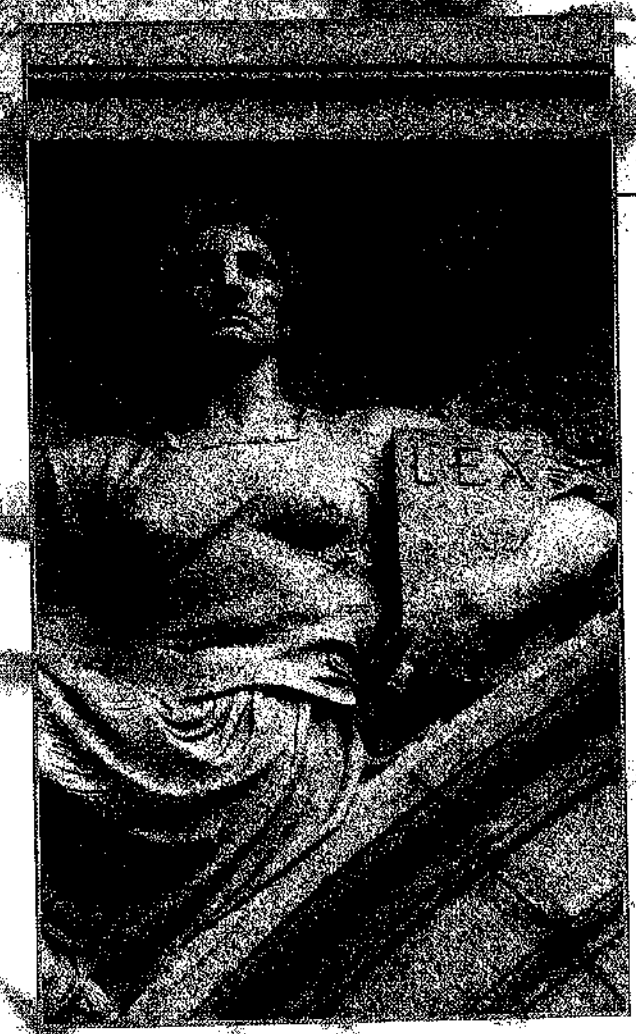
Ref.: 9742-3

Fecha: / / 200.....

Firma y sello (Imprescindible)

La informacion de que sus datos serán incorporados con fines comerciales a un fichero del que es responsable Wolters Kluwer España, S.A. Puede ejercer sus derechos de acceso, modificación, cancelación y oposición dirigiéndose a nuestra dirección: C/ Collado Mediano 9, 28230 Las Rozas (Madrid). Sus datos serán cedidos con fines comerciales a las empresas de nuestro mismo grupo de sociedades. En el caso de que Vd. no la ceda así, dígnese por escrito a la dirección anteriormente indicada para hacerle saber.

Estudios monográficos | Recurso de Casación Penal



Sumario

- ✓ **Legislación aplicada a la práctica:** La utilidad de las máximas de la experiencia en la apelación penal
- ✓ **Informe de jurisprudencia:** El delito imprudente de incendio forestal y en zonas de vegetación no forestales (art. 358 CP): una visión jurisprudencial.
- ✓ **Práctica penal:** Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de Instrucción en los delitos de agresiones sexuales

Recurso de Casación Penal

Octubre 2009

DIRECTOR

ESTEBAN MESTRE DELGADO

(Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá.
Abogado. Ex miembro de la CPT del Consejo de Europa)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Almenar Belenguer (Vocal de CGPJ), **Avelina Alonso de Escamilla** (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad San Pablo-CEU), **José Antonio Choclán Montalvo** (Magistrado excedente. Abogado), **Carlos Domínguez Domínguez** (Magistrado), **Alberto Facorro Alonso** (Magistrado), **Antonio García-Pablos de Molina** (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Abogado), **Antonio Gil Martínez** (Magistrado), **Francisco Javier Guirán Zapata** (Magistrado), **Carmen Paloma González Pastor** (Magistrada), **Ignacio Gordillo Álvarez-Valdés** (Fiscal de la Audiencia Nacional), **Carmen Lamarca Pérez** (Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III. Abogada), **José Antonio Martín Pallín** (Magistrado del Tribunal Supremo), **Eduardo Móner Muñoz** (Magistrado del Tribunal Supremo), **José María Paz Rubio** (Fiscal del Tribunal Supremo), **Manuel Perales Candela** (Abogado), **Álvaro Redondo Hermida** (Fiscal del Tribunal Supremo), **Lorenzo del Río Fernández** (Magistrado), **Nicolás Rodríguez García** (Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca), **Esteban Solaz Solaz** (Magistrado de la Audiencia Provincial de Castellón), **Abel Téllez Aguilera** (Magistrado), **Julio José Úbeda de los Cobos** (Magistrado), **Eduardo de Urbano Castrillo** (Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo)

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

Javier Boix Reig (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia. Abogado), **Carlos García Valdés** (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá), **Enrique Gimbernat Ordeig** (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid), **Ángel Juanes Peces** (Magistrado del Tribunal Supremo), **Vicente Magro Servet** (Magistrado)

Directora de Publicaciones: Marta Tovar Torres
Jefe de Publicación: Chelo Canseco Dean
Coordinación y Redacción: Vanessa López Romero

Consejero Delegado Wolters Kluwer España: Salvador Fernández López. **Directora General Wolters Kluwer España:** Rosalina Díaz Valcárcel. **Director General LA LEY:** Alberto Larrondo Ilundain. **Directora de Ventas LA LEY:** Elena Lanzaco Corbalán.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Los artículos publicados en esta revista son sometidos a un sistema de arbitraje externo.

Edición electrónica: <http://revistas-especializadas.laley.es/>

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Depósito Legal: M-3.265-2004 ISSN: 1697-5758
Impreso en España por Gráficas Muriel, S.A. - C/ Investigación, 9
Pol. Ind. Los Olivos 28906 GETAFE (Madrid)

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

APP
ASOCIACIÓN DE PRENSA PROFESIONAL

Edición:
C/ Collado Mediano, 9,
Las Rozas (28230 Madrid).
Tel.: 902 250 500.
Fax: 902 250 502.
<http://www.laley.es>

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

EDITORIAL

— ¿Es necesaria ya la reforma de la casación penal? 3

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

• Estudios

— El recurso de casación penal: condicionamientos constitucionales para su regulación y motivos [aducidos] para su reforma. Una reflexión crítica, por **JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA** 5

— Presunción de inocencia a favor del actual recurso de casación, por **JOSÉ BONET NAVARRO** 31

MONOGRAFÍA DE JURISPRUDENCIA

— Recurso de Casación Penal 61

TEMAS DE ACTUALIDAD

• Legislación

— *Legislación aplicada a la práctica*

La utilidad de las máximas de la experiencia en la Apelación Penal, por **CARMELO JIMÉNEZ SEGADO** 75

— *Reseña de legislación* 81

• Jurisprudencia

— *Informe de jurisprudencia*

El delito imprudente de incendio forestal y en zonas de vegetación no forestales (art. 358 CP): una visión jurisprudencial, por **ANDRÉS DELGADO GIL** 85

— *Jurisprudencia aplicada a la práctica*

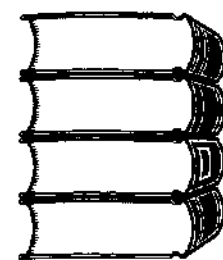
La presunta prueba pericial de inteligencia: análisis de la STS de 22 de mayo de 2009, por **FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS** 99

— *Reseña de jurisprudencia* 112

Si no es la segunda instancia la mejor justificación, la principal razón es, desde luego, la necesidad de reducir la carga de trabajo de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, aunque, como se ha expuesto, la realidad de la nueva regulación, en la medida en que ésta se ajuste a la propuesta de regulación del año 2005, tan solo conseguirá desplazar la carga de trabajo, de la fase de decisión a la de admisión del recurso, con lo cual el cumplimiento de los objetivos de la ley solo serían alcanzables mediante un refuerzo de los órganos técnicos del Tribunal Supremo, que usualmente intervienen en esa fase procesal del recurso.

Incluso en el caso de que ese modelo cuajase, con el indicado refuerzo de los medios del Tribunal, el modelo presenta sombras. En primer término, el sistema dispondría finalmente, con las salvedades indicadas, de cuatro escalones de justicia o, si se prefiere, desde la comunicación de *notitia criminis* a la jurisdicción hasta la decisión del asunto con carácter de firmeza podría pasar la causa por cuatro Tribu-

nales diferentes: el instructor, el sentenciador en primera instancia (sea órgano unipersonal o colegiado), el Tribunal de apelación y, finalmente, el Tribunal de casación que, en el Derecho español es la Sala segunda del Tribunal Supremo. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de que la sentencia firme, una vez agotados los recursos ante la jurisdicción ordinaria, sea impugnada ante el Tribunal Constitucional en amparo. En definitiva, se incrementaría el proceso en un grado, y con ello se favorecería la demora en la decisión de la causa. En segundo lugar, el modelo propuesto implica un cambio de paradigma en el recurso de casación, lo cual implica fomentar la posición de la Sala 2.^a como órgano encargado de resolver las discrepancias interpretativas entre las Salas y secciones penales, algo no censurable, salvo que sea a costa de cercenar sus facultades nomofiláticas, en un ámbito en el que la interpretación uniforme del Derecho es capital para los ciudadanos como es el del Derecho Penal.



Presunción de inocencia a favor del actual recurso de casación (*)

POR JOSÉ BONET NAVARRO
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

Resumen: El recurso de casación penal español ha sido tradicionalmente restrictivo a la hora de autorizar la revisión del juicio fáctico. Las posibilidades de modificar los hechos probados de forma directa (otra cosa es la que puede producirse indirectamente tras la anulación y retroacción de actuaciones), quedaban constreñidas a los motivos por infracción de ley del art. 849 LECrim. La eficacia normativa de la Constitución, y en especial del derecho a la presunción de inocencia, reconocida primero por el art. 5.4 LOPJ y posteriormente por el art. 852 LECrim, supuso una ampliación considerable del ámbito del recurso. El recurso de casación, de cuyos antecedentes restrictivos en las posibilidades de revisión del juicio fáctico son patentes, se ha visto rehabilitado de ese modo por el efecto del derecho a la presunción de inocencia y la ampliación que, a golpe de interpretación, ha supuesto en su ámbito. Este trabajo supone una aproximación al alcance revisor sobre los hechos declarados probados en la resolución recurrida mediante la casación penal. Permite concluir que, al margen de razones de conveniencia o estéticas que pudieran aconsejar su instauración en el proceso penal español, no se presenta como una verdadera necesidad la generalización de la apelación para dar satisfacción al derecho al recurso previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Palabras clave: Presunción de inocencia. Proceso penal. Recurso de casación.

Abstract: *The Spanish criminal appeal in cassation has been traditionally restrictive in terms of authorizing the review of the factual trial. The possibilities of changing the directly proved facts (something different is what can be produced indirectly after the cancellation and retroaction of the proceedings) were restricted to the grounds of law breach of the Art. 849 LECrim (Criminal Procedure Act). The Constitutions normative efficiency, especially of the presumption of innocence right, first acknowledged by the Art. 5.4 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial — Organization of Justice Act) and later by the Art. 852 LECrim (Criminal Procedure Act), leads to a relevant broadening of the appeals scope. The appeal in cassation, whose restrictive records of the factual trial review possibilities are obvious, has been thus reinstated thanks to the presumption of innocence right and the broadening that, in form of construction, has brought in its scope. This work is an approximation to the reviewer scope that it can have on the proved declared facts of the decision under appeal by the criminal cassation. We can conclude, alongside with reasons for expediency or esthetic which could advise its instauration in the Spanish criminal procedure, that the generalization of the appeal in order to satisfy the appeal right foreseen in Art. 14.5 of the International Covenant on Civil and Political Rights is not really necessary.*

Keywords: *Presumption of innocence. Criminal procedure. Appeal in cassation.*

(*) El presente trabajo se enmarca en la actividad del Proyecto «Recurso de casación civil, igualdad ante la ley, acceso a la casación y jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo en el orden jurisdiccional civil», cuyo investigador principal es el Prof. Dr. José Martín Pastor, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-03240).

SUMARIO:

- I. Contextualización previa: límites iniciales de la casación y el deslinde del hecho y el derecho
 1. La casación como recurso extraordinario y con ámbito de cognición limitado
 2. Un apunte sobre la distinción entre hecho y derecho a los efectos de la casación
- II. El control limitado de los hechos mediante los motivos de infracción de ley del art. 849 LECrim
 1. Infracción de ley conforme al art. 849.1 LECrim
 - A) Un primer obstáculo: la poco clara admisión de la infracción de normas procesales penales
 - B) Un obstáculo difícilmente superable: el necesario respeto de los hechos probados, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de los juicios de valor
 2. Infracción de ley conforme al art. 849.2 LECrim y control limitado
- III. La ampliación del control fáctico mediante la infracción de precepto constitucional como motivo de casación del art. 852 LECrim
 1. ¿Existe actualmente una vía procesal autónoma e independiente para la infracción de precepto constitucional?
 2. Las ventajas del art. 842 LECrim para despejar interrogantes sobre el acceso de la infracción de los preceptos constitucionales
 3. Especial referencia a la infracción del derecho a la presunción de inocencia
- IV. Control de los hechos mediante el quebrantamiento de forma
 1. Quebrantamiento de forma en el juicio oral (art. 850 LECrim)
 2. Quebrantamiento de forma en la sentencia (art. 851 LECrim)
- V. Dos pinceladas sobre la necesidad de reforma de la casación penal española, a modo de conclusión

I. CONTEXTUALIZACIÓN PREVIA: LÍMITES INICIALES DE LA CASACIÓN Y EL DESLINDE DEL HECHO Y EL DERECHO

1. La casación como recurso extraordinario y con ámbito de cognición limitado

A pesar del importante valor interpretativo de los antecedentes históricos y de la teleología normativa, el recurso de casación actual no ha ser necesariamente como se configuró en el momento de su nacimiento o en el de la recepción en un determinado ordenamiento jurídico, ni tampoco tiene por qué servir a las mismas finalidades por las que fue concebido.

Son habituales los comentarios en los que se critica una determinada regulación o proyecto legislativo con fundamento en una pretendida desnaturalización de la casación respecto de lo que fue en sus orígenes, así como en la limitación, ampliación o modificación respecto de las que se supone que han sido y han de seguir siendo sus fines. Parece como si cada intérprete, con sus adeptos correspondientes,

hubiera forjado una idea de lo que ha sido, es y debe seguir siendo la casación, así como de los fines que le corresponden; y, en un ejercicio comparativo del patrón ideal con la realidad, se pretende justificar la más furibunda labor de crítica legislativa con la consideración de que todo aquello que no se ajuste debidamente al patrón inicial ha de considerarse «retal» legislativo inservible.

En este trabajo voy a —intentar— huir de tales consideraciones. Sin perjuicio de que son legítimas las críticas a la legislación con base en diseños preconcebidos, estimo que en estos momentos es preferible atender al recurso de casación tal y como ha sido configurado por el legislador, comprendiendo su verdadero alcance y, a lo sumo, desentrañando los problemas interpretativos. La cuestión de cómo debió haber regulado el legislador, además de un ejercicio dudosamente productivo de hipótesis, en el mejor de los casos podrá ser útil si al final se introducen algunas soluciones de interés *lege ferenda*. Sin embargo, en los estrechos márgenes de este trabajo, tal pretensión empañaría la comprensión cabal y suficiente del recurso de casación penal tal y como el legisla-

Los aspectos históricos y la configuración legislativa actual confluyen en un mismo cauce en lo relativo al carácter extraordinario y al ámbito limitado del recurso de casación

dor ha considerado oportuno concebirlo. En fin, como dice ORTELLS (1), «frente a las invocaciones —que a veces pueden leerse— a la verdadera, a la auténtica casación, permítaseme la boutade de proclamar que nadie ha logrado ver a esa vieja señora. Ni siquiera en París, ni aún —afinando el teleobjetivo— en la recoleta y encantadora Placé Dauphine, que le quedaría cerca».

Con todo, los aspectos históricos y la configuración legislativa actual confluyen en un mismo cauce en lo relativo al carácter extraordinario y al ámbito limitado del recurso de casación. Al margen de antecedentes más remotos, desde su instauración en Francia por la Asamblea Constituyente de 1790, pasando por su recepción en derecho español, especialmente tardía en el caso de la penal (2), pues no se generaliza hasta la Ley de 18 de junio de 1870, el recurso de casación se presenta como extraordinario y de cognición limitada.

En efecto, el recurso es extraordinario porque procede su admisión solo si concurren los presupuestos y requisitos especialmente determinados por la ley. Con este término lo califica el tenor literal del art. 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), y así es como lo configura la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), dentro de límites estrictos en cuanto a las resoluciones recurribles, al objeto, requisitos formales imperativos y las partes. Principalmente, el recurso de casación se caracteriza en lo siguiente:

1.º Las resoluciones susceptibles de recurso no son todas, sino únicamente las que taxativamente establece la ley.

2.º La admisibilidad del recurso está condicionada a que se funde en alguno de los taxativos motivos enunciados por la ley.

3.º Se prevé un trámite específico para el examen de la admisibilidad del recurso, destinado especialmente a comprobar que el recurrente se ha sujetado a los límites de causas y motivos.

4.º Se impone la carga de establecer un depósito.

5.º Incluso la necesidad de hacer constar una declaración de hechos probados en la sentencia penal se introdujo para deslindar la parte de la sentencia no susceptible de ser revisada en casación (3).

De los puntos anteriores se infiere ya que nota común del recurso de casación es la limitación en el ámbito de conocimiento judicial en relación a las resoluciones impugnadas, los motivos, y el procedimiento establecido. La jurisprudencia es rotunda afirmando el carácter extraordinario del recurso de casación (4). Partiendo del mismo, el Tribunal Supremo entiende justificado que pueda rodearse de requisitos y presupuestos especiales que puedan dificultar el acceso al recurso. Todo ello no vulneraría el derecho a la tutela judicial sino que, por el contrario, garantiza la economía procesal y el derecho a que se eviten sus dilaciones injustificadas (5). Asimismo, el mismo Tribunal pone de manifiesto que los requisitos y limitaciones del recurso de casación, establecidos imperativamente por la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, son de

(1) ORTELLS RAMOS, M., «Presentación», en *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, (corr.: ORTELLS), Madrid, 2008, pág. 12.

(2) Según GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid, 10ª ed., 1984, pág. 303, la institución aparece por primera vez en España en la Constitución de 1812, con el nombre de recurso de nulidad (art. 261, núm. 9.º). Pero primero FAIRÉN GUILLÉN, V., «Recepción en España del recurso de casación francés», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, págs. 195-235; y definitivamente JIMÉNEZ CONDE, F., *Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación* (I), en *RDPro*, 1977, págs. 796-801 y 810, afirma que «el verdadero origen de la casación en España hay que situarlo en el siglo XIX y más concretamente en el año 1838».

(3) ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en *RDPro*, 1977, págs. 929 y 932.

(4) Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo suele recurrir al argumento del carácter extraordinario, y consecuentemente limitado, de la casación para justificar la inadmisión del recurso.

(5) ATS, 12 de abril de 1989.

insoslayable observancia para garantizar la finalidad del recurso extraordinario de casación que es fundamentalmente de control de la legalidad aplicada en la instancia. De este modo se evita la «desnaturalización» del recurso para que, a salvo de lo que derive de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no se convierta en una segunda instancia como ordena la ley procesal. En definitiva, ha venido entendiendo el Tribunal Supremo que los condicionantes de la admisibilidad del recurso no son meras formalidades, sino cauces de obligado cumplimiento tanto para los Tribunales como para las partes. Si determinadas vulneraciones judiciales justifican la casación, a su vez, la infracción por las partes de las normas legales de admisibilidad permiten la inadmisión del recurso (6). Así y todo, como advierte ORTELLS (7), la circunstancia de que el recurso pueda caracterizarse por ser extraordinario «no autoriza el rigor formalista en el control de los presupuestos de admisión, tanto menos en el proceso penal en el que... existe un derecho de rango constitucional al recurso».

Pero el carácter extraordinario no se manifiesta solamente en cuanto a la admisibilidad del recurso. También influye en el ámbito material de cognición. Si solamente se autoriza la admisión de determinadas resoluciones y, sobre todo, si los motivos de recurso se encuentran tasados, puede comprenderse inmediatamente que el ámbito de cognición no va a ser pleno.

En efecto, la lectura del art. 849 LECrim, al regular el llamado error *in iudicando*, ratifica esta inicial consideración, puesto que solamente se entenderá infringida la ley para el efecto de poder imponerse el recurso de casación «cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones admisibles, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal»; igualmen-

(6) En términos similares, ATS, 5 de julio de 1989.

(7) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III, (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), Barcelona, 1996, pág. 365.

(8) Con todo, la doctrina revisa en sentido crítico los tradicionales fines de la casación. Así, por ejemplo, CARBERÍ LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, 1994, págs. 162 y ss, ponen de manifiesto que es muy dudoso que la distinción entre el

te, «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».

Como desarrollaré en la primera parte de este trabajo, sin perjuicio de algunos matices, con base en el art. 849.1 LECrim no es en principio admisible una revisión del material fáctico en cuanto se parte «dados los hechos que se declaren probados», de modo que éstos no podrán modificarse. A su vez, cuando la revisión del material fáctico se autoriza en el art. 849.2 LECrim, el control será también limitado, pues el error en la apreciación de la prueba ha de basarse exclusivamente en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador y además sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios.

Ahora bien, la introducción del art. 852 LECrim, con la facilitación del acceso al recurso de la infracción de preceptos constitucionales, favorece las posibilidades de revisión fáctica especialmente a través de la alegación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia. Aunque puede tener relevancia a los efectos de infracción, no solamente *in iudicando*, sino también *in procedendo*, despliega todo su potencial revisor respecto de la fijación de los hechos y de las inferencias lógicas que han de acompañarles. Por su parte, la vía de casación de los arts. 850 y 851, complementada en la parte que le corresponda por el citado art. 852, todos ellos LECrim, aunque solamente por vía indirecta, al final también podrá permitir cierta modificación del material fáctico por el Tribunal de la instancia.

Asimismo, tema relacionado, pero en realidad ajeno al que ahora interesa de las limitaciones en el ámbito de conocimiento, es que doctrina (8) y jurisprudencia parten de que las funciones principales de la casación son la nomofiláctica y la de

Toda norma se integra por dos elementos básicos: el elemento normativo stricto sensu considerado, y un elemento de hecho genérico sobre el que se refiere la norma

unificación de criterios jurisprudenciales (9), así como también, pero con mucha menor incidencia, también la protección del *ius litigatoris*. Estos fines, en general distintos a los de la apelación, junto a las correspondientes garantías formales que vedan su extralimitación, se considera que siguen, o deberían seguir, plenamente vigentes y cumplen el interés de una tutela judicial eficaz (10).

2. Un apunte sobre la distinción entre hecho y derecho a los efectos de la casación

Hablar de la revisión del juicio fáctico en el recurso de casación merece detenernos, aunque sea brevemente, en la distinción entre el hecho y el derecho (11). Con carácter previo, y evitando ser excesivamente reiterativo con lo que ya han dicho otros, es necesario partir de una delimitación conceptual del concepto «hecho». Entre las diversas acepciones que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como sustantivo, significa «acción u obra», «cosa que sucede», «asunto o materia de que se trata». Con tal ámbito conceptual, desde luego, resulta harto difícil distinguir el hecho del derecho

a los efectos del recurso de casación. Sea el derecho entendido en cualquiera de sus concepciones: como simple norma emanada del legislador o como, conjunta o separadamente a la misma, su cumplimiento voluntario o forzoso —en este último caso mediante una decisión vinculante con aptitud de ser impuesta incluso por la fuerza—, el derecho siempre podrá ser incluido en el genérico concepto de hecho puesto que es una «acción u obra», un «suceso» o un «asunto o materia». Esta concepción amplísima de hecho integradora del derecho, por tanto, no nos resulta en absoluto útil para escrutar hasta dónde alcanza o termina el control fáctico en el recurso de casación. Por supuesto, salvo que tal amplitud conceptual se pretenda presentar como la premisa para concluir que mediante el recurso de casación ha de admitirse todo control fáctico y, por ese camino, convertir la casación en un recurso ordinario desde el punto de vista material (12). Por el contrario, en este trabajo voy a poner de manifiesto que esto no ha de ser así partiendo del derecho positivo, ni siquiera por la vía de la infracción del derecho a la presunción de inocencia y al margen de soluciones *lege ferenda* razonables que puedan llegar a través de futuras reformas legislativas (13).

ius constitutionis y el *ius litigatoris* pueda mantener su sentido tradicional en el ámbito del recurso de casación, y asimismo resulta discutible que pueda diferenciarse con nitidez la función nomofiláctica de la unificadora de la jurisprudencia. Para SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Del recurso de casación*, en «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (COOR. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Madrid, 1985, pág. 783, «la uniformidad de la jurisprudencia constituye la justificación práctica primordial de la casación».

(9) Matiza ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., pág. 366, que la casación cumple la función de fijar y unificar la jurisprudencia sólo en el sentido de que tiende a asegurar —por la concentración en un sólo órgano de la competencia de la resolución— la decisión igual de los casos iguales, pero no en el sentido de establecer una doctrina cuya infracción por los tribunales de instancia constituye motivo del recurso.

(10) Véase, por todos, el ATS, 12 de abril de 1989.

(11) Sobre la misma, aunque sea con criterios dogmáticos que comparto sólo parcialmente, NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, especialmente el capítulo IV titulado «la distinción dogmática hecho-derecho como criterio dogmático».

(12) Aunque no explicitado hasta tales extremos, a esto parecen apuntar las ideas que aporta NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, cit.

(13) Algún intento de reforma se ha presentado ya. Concretamente ha sido a través del 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. En la propia exposición de motivos de este proyecto se afirma que: «la reforma procesal se orienta, de un lado, a culminar la generalización de la segunda instancia penal que... diseña el procedimiento a seguir para satisfacer las exigencias del art. 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». Desde luego, más elocuentes no pueden ser estas palabras. La reforma pretendida iba por la vía de la generalización

Es más, no se concibe norma sin una relación a unos hechos. Toda norma, tal y como es emanada por el legislador, se integra por dos elementos básicos: el elemento normativo *stricto sensu* considerado, que puede ser de las más diversas categorías; y un elemento de hecho genérico sobre el que se refiere la norma. Por esto que, tal y como es emanada por el legislador, toda norma queda integrada por un elemento fáctico, que de ese modo configura sustancialmente la norma. Desde esa perspectiva, se presenta como hecho difícil que pueda producirse una infracción de «ley» sin a su vez afectar al elemento fáctico sustancial a la norma.

Siendo cierto lo anterior, de nuevo hemos de realizar un esfuerzo de acotar el sentido jurídico o casacional del término hecho, puesto que, en lo relativo al control del elemento fáctico en la casación, el supuesto de hecho genérico integrante de la norma no resulta operativo.

La categoría de hecho que nos interesa, para comprobar hasta qué punto podrá ser alterado mediante casación, no es la que se integra en el supuesto fáctico genérico de la norma. Por el contrario, es relevante el supuesto fáctico concreto una vez ha sido fijado y sobre el que se ha aplicado la norma por el juzgador. Actividad que se ha realizado tras haber subsumido este supuesto concreto fijado en el genérico contenido en la norma.

La función jurisdiccional de juzgar, entre otras cosas, representa la aplicación del derecho en el caso concreto, por tanto, supone un tránsito del hecho genérico de la norma al concreto fijado en la sentencia. Al resolver, lo que hace el juez no es otra cosa más que básicamente comprobar que los hechos fijados en el proceso se corresponden con el supuesto genérico previsto en la norma y, a partir de tal subsumición, otorgar las consecuencias jurídicas previstas en la norma en el caso concreto. Se produce así una conversión de la norma genéricamente aplicable creada por el legislador, en una norma concreta-

de la apelación y en modo alguno se orienta a la ampliación de la casación. Con todo el citado proyecto ha sido sustituido por otro que se limita al Proyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que no es más que una parte del contenido del anterior proyecto (Boletín Oficial de las Cortes Oficiales, IX legislatura, Congreso de los Diputados, de 19 de diciembre de 2008, núm. 17-1).

mente aplicada por el juzgador. La decisión judicial representa, desde esta perspectiva, una norma específica para el supuesto y los sujetos que integran el supuesto fáctico fijado.

A los efectos casacionales, cuando se afirma a grandes rasgos que no es admisible la modificación del elemento fáctico, salvo las previsiones específicas al respecto, se está pretendiendo excluir del control casacional el supuesto concreto sobre el que se ha aplicado la norma, no el genérico que integra la norma. Se presenta como suficientemente claro que cuando el art. 849.1 LECrim habla de «dados los hechos que se declaren probados... se hubiere infringido un precepto penal sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter», se quiere impedir una revisión del material fáctico sobre el que ha sido aplicada la norma, los hechos considerados probados en la sentencia recurrida. No se pretende, en absoluto, excluir aspectos interpretativos de la norma infringida que puedan requerir consideraciones relativas al supuesto fáctico que genéricamente la incluye. Así, por ejemplo, podría existir una infracción de ley sin afectar a los hechos probados, y por aplicación indebida, cuando se haya aplicado sobre unos hechos que no se corresponden con el supuesto genérico que integra la norma. Todo esto supone, en definitiva, que a efectos casacionales lo relevante no es el supuesto fáctico genérico de la norma, sino el concreto sobre el que la misma se aplica.

Incluso elementos fácticos han de ser considerados en la misma labor interpretadora y de aplicación del derecho en el caso concreto. No solamente en la labor de subsunción o traslado de lo genéricamente normativo a los concretamente aplicado se han de tener en cuenta aspectos fácticos. También en otras actividades, como la integración de elementos jurídicos indeterminados, de los que las normas penales está plagado, o la aplicación normativa con criterios de lógica y razón, implican atender a ciertos elementos fácticos que,



como mínimo, por su observación han configurado las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general que, extraídos pero independientes de los hechos concretos, pretenden tener valor para otros [las llamadas máximas de la experiencia, más o menos, como las describía STEIN (14)].

El art. 3 del Código Civil español es suficientemente elocuente de que en la labor interpretadora de las normas es necesario atender a aspectos fácticos cuando se refiere a que ha de atenderse al «sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Es más, añade el mismo precepto que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

Así y todo, ha de quedar claro que estos aspectos fácticos, que han de atenderse a efectos interpretativos, de nuevo no son operativos para identificar los hechos que no son revisables en casación. Incluso, cabe argüir que, aunque las máximas de la experiencia se forman a partir de la visualización de la realidad (de una repetición fáctica), son autónomas a los hechos. La adquisición de experiencia, empapada de un devenir fáctico, cristaliza en unos juicios o definiciones con autonomía respecto de los hechos de los que surge. Una vez más, la pretendida exclusión fáctica que en general se predica del recurso de casación nada tiene que ver con la lógica ni con las definiciones, juicios, criterios o

máximas que puedan ser precisas para la interpretación de la norma. Sin atender a estos elementos no sería posible su interpretación y aplicación como tampoco sería posible su infracción.

Es más, de otro lado, partiendo igualmente de un concepto amplio de hecho, hemos de compartir que todo procedimiento, incluido el judicial, se integra por una sucesión de actos que se suceden en el tiempo o, lo que viene a ser lo mismo, de hechos. Siendo así, todas las infracciones *in procedendo* que son motivo del recurso de casación penal permitirían una vez más la revisión de hechos, en este caso de los que integran el devenir fáctico procedimental. Pero de nuevo hemos de decir que estos hechos tampoco inciden en la llamada «intangibilidad» de los hechos en la casación.

En fin, si partimos del concepto común de hecho al que se refiere el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el recurso de casación es un mecanismo perfectamente idóneo para su revisión y análisis. Sin embargo, hemos de preguntarnos si cuando se habla de la «intangibilidad» de los hechos, se está haciendo referencia a la cualidad de que no pueden o no deben «tocarse» —en expresión del Diccionario de la RAE— estos hechos en su acepción amplia anterior, o más bien si únicamente se alude a unos determinados y concretos hechos, que no son otros más que aquellos sobre los que, por haber sido fijados por el juez de la instancia, se les ha aplicado la norma que se dice infringida. En mi opinión, y según se pone de manifiesto una y otra vez en las resoluciones del Tribunal Supremo español (15), esta última es sin duda la única respuesta plausible. Lo

(14) STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos* (trad.: DE LA OLIVA), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 30. La jurisprudencia aporta igualmente definiciones similares. Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), 7 de noviembre de 2002, Ponente: D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, las define como «deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de la convivencia, que el juez personalmente, puede utilizar sin sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes».

(15) Son muchas las resoluciones que se refieren a esta expresión de intangibilidad, todas ellas referidas a que no es admisible modificar por este cauce el relato de hechos probados sobre el que se aplica que se afirma infringida. Así, por ejemplo, entre las más recientes, la STS (Sala 2ª, Secc. 1), 16 de mayo de 2008, Ponente: D. José Manuel Maza Martín, se refiere a «un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible». Igualmente, el ATS

contrario sería tanto como afirmar que el alto Tribunal ha venido tradicionalmente afirmando que ha de excluirse la atención sobre unos hechos que ontológicamente son necesarios para toda revisión casacional, por muy extraordinaria que se presente; o, sin tanto atrevimiento aparente pero partiendo de dicha afirmación, que con la infracción de ley, dado el componente fáctico que esto implica, y junto a otras consideraciones a las que seguidamente me referiré, al mismo tiempo se autoriza la revisión de la valoración probatoria que realiza el juzgador de la instancia. Una y otra cosa entiendo que son en general inaceptables.

II. EL CONTROL LIMITADO DE LOS HECHOS MEDIANTE LOS MOTIVOS DE INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849 LECRIM

La viabilidad de control sobre la valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia con base en los motivos fundados en la infracción de ley es un tema crucial. Principalmente es así porque algunos autores mantienen que, a través de la vía que ofrece el punto primero del art. 849 LECrim, se estaría permitiendo el control de la actividad de valoración del material probatorio y, en consecuencia, la revisión de los hechos sobre los que se sustenta la resolución.

La infracción de ley se regula en el art. 849 LECrim, señalando que se ha infringido la ley a efectos casacionales cuando:

1.º Dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones previstas en los arts. 847 y 848, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del

mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

2.º 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.

Como adelantaba, algunos autores defienden la posibilidad de la revisión de la valoración de la prueba o —en otras palabras— de la legalidad sobre la correcta aplicación judicial de los criterios racionales en la apreciación de la prueba, mediante las posibilidades que ofrece el citado art. 849 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ y art. 24 CE (16), y actualmente mediante la nueva redacción del art. 852 LECrim. Al margen de lo que luego veremos en relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la vía casacional del art. 849 LECrim, solo permite una limitada posibilidad de revisión del juicio fáctico.

No voy a negar que la interpretación por la que se pretendía justificar la revisión fáctica a través del art. 849.1 LECrim por la infracción del art. 741 de la misma Ley consistía en un intento más o menos loable de que el recurso de casación cumpliera mejor, con mayor claridad o evidencia las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, al margen de meros aspectos estéticos o de imagen del Estado español ante la comunidad internacional, o de opiniones sobre algunos posibles déficits de calidad del sistema de recursos, se trata de un esfuerzo interpretativo innecesario puesto que, como ha reiterado con razón al unísono tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (17), el recurso

de casación cumple con las exigencias mínimas previstas en el art. 14.5 del citado PIDCP (18); y, sobre todo, la interpretación correctora no se compadece en absoluto con los términos del art. 849 LECrim que, en consonancia con el carácter extraordinario que define el recurso, se muestra claramente limitativo a la hora de permitir el acceso de los motivos que incidían en la revisión del material fáctico. Por supuesto, esto es así partiendo siempre de que la intangibilidad de los hechos se predica de aquellos fijados en la sentencia y sobre los que ha sido aplicada la norma que se alega infringida.

1. Infracción de ley conforme al art. 849.1 LECrim

El art. 849.1 LECrim se muestra rotundo, tajante y bastante claro cuando excluye de su ámbito la posibilidad de modificación de la valoración probatoria de la resolución recurrida. Dispone que se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recur-

so de casación «cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones... se hubiere infringido un precepto penal...». El simple tenor literal del precepto, por tanto, permite afirmar que, mediante el mismo, única y exclusivamente es admisible la revisión del error *in iudicando in iure*, esto es, del que se produce en el juicio jurídico que realiza el juzgador al dictar sentencia (19). Sin perjuicio de que, como ya hemos visto, el análisis de este juicio requiera atender a determinados elementos fácticos, desde luego, los hechos probados han de ser completamente respetados, no deben alterarse en ningún sentido, ni ampliándolos ni limitándolos (20).

Difícil es, ya de entrada, que la infracción del art. 741 LECrim pueda sustentar el motivo de casación por la vía del art. 849.1 LECrim si con el mismo lo que se pretende es revisar la valoración de la prueba, y no tanto su motivación, puesto que la norma es de carácter procesal.

cuando el Tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos». Asimismo, la STC 70/2002, de 3 de abril, ratifica lo anterior, indica que las competencias del Comité solamente le habilitan para examinar comunicaciones, los dictámenes no son resoluciones judiciales y no son interpretación auténtica del Pacto. Y concluye señalando 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 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interpretará no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra 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».

(18) Véase una referencia y un panorama de la polémica doctrinal suscitada por el dictamen del año 2000 en DE URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, Madrid, 2003, págs. 51-75.

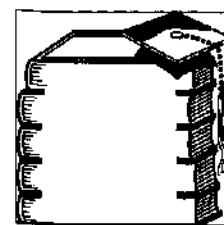
(19) Ha de señalarse igualmente que el control de la casación no tiene por objeto la motivación en sí, sino en cuanto afecta al fallo, que es donde puede radicar el gravamen (FENECH NAVARRO, M., *El Proceso penal*, cit., pág. 362). Por ello como entiende ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, III, (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., pág. 371) que no se trata del error de técnica jurídica en su determinación y aplicación, sino la influencia de ello en la determinación de su fuerza imperativa en el caso concreto. El error en la motivación es teórico, para que haya infracción de norma tal error ha de ser determinante del fallo en la práctica. Todo ello además al margen de que en virtud de la llamada «doctrina de la pena justificada» sea posible que a pesar de constatare la infracción de ley por el Tribunal Supremo, por último se desestime el recurso. Puesto que como solamente es posible confirmar la sentencia o estimar el recurso, cuando se aprecia la infracción pero en virtud del *iura novit curia* se entiende que sobre los hechos corresponde una calificación con la misma o penalidad más alta, la alternativa de casar la sentencia no resulta satisfactoria puesto que el TS no puede absolver, ni condenar por otra calificación igual o más grave al no haber sido pedido, ni puede hacer uso del art. 733 LECrim, de modo que, por economía procesal, no queda más opción que confirmar. Véase sobre la misma, entre otras, la STC 12/1981, de 10 abril, que la considera aplicable si bien en la medida en que se dé identidad del hecho punible y que ambos delitos sean «homogéneos».

(20) Comparto las palabras de LÓPEZ CASTILLO, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley. Artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Granada, 2007, pág. 219, cuando recogiendo palabras jurisprudenciales afirma que el motivo del art. 849.1 LECrim «impone partir de manera inexcusable del más absoluto y riguroso respeto a los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico ni incorporar otros que no se encuentren en aquél, cualquier que sea la parte de la sentencia en el que consten».

(Sala 2ª, Secc. 1), 24 de enero de 2008, Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz, ante un motivo de casación basado en la infracción de ley, alude a que «dada la vía casacional elegida, procede recordar la intangibilidad de los hechos declarados probados limitándose el análisis casacional a la verificación de la corrección de la aplicación del derecho a tales hechos probados».

(16) Junto al ya citado, NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, cit. VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Madrid, 2003, págs. 96 y ss.

(17) Los primeros pronunciamientos, mantenidos en otros posteriores, fueron el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 2000, en el que se acordó que el recurso de casación español ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 PIDCP. Posteriormente el ATS de 14 de diciembre de 2001 no accedió a la nulidad de la condena o del juicio al que se refería el dictamen citado basándose en que, como estima ya el Tribunal Constitucional, el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 del Pacto y por lo que ahora nos interesa, porque «el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación



Esta alternativa se presenta mucho más problemática en comparación con la anterior

Pero no solamente concurre este impedimento inicial, sino que incluso en la hipótesis poco fundada de que pudiéramos interpretar el texto del art. 849.1 en un sentido diametralmente distinto al de su literalidad, o de que con la alegada infracción del art. 741 LECrim no se pretendiese una modificación del material fáctico por mucho que resulte difícil de imaginar en tal caso la utilidad del recurso, concurren otros serios inconvenientes que harían cuanto menos dudosa la viabilidad de la revisión del material probatorio de la sentencia de instancia a través de la vía que ofrece el art. 849.1 LECrim.

A) Un primer obstáculo: la poca clara admisión de la infracción de normas procesales penales

La norma infringida ha de tratarse de un «precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal». Esto implica que, sobre los hechos declarados probados, no se ha aplicado la norma o su aplicación ha sido incorrecta. La norma infringida, por tanto, ha de cumplir con las siguientes características:

1.º Ha de tratarse de ley.

Tratándose de ley, ha de excluirse la doctrina legal, por mucho que pueda ser utilizada a efectos argumentativos. Más dudas plantea en cambio la posibilidad de control sobre la oportunidad en la aplicación de las normas discrecionales (21). Parece razonable entender que, cuando la discrecionalidad sea mínima o reglada, como puede ser la que se contiene en el art. 565 CP en relación con la posibilidad de rebajar en un grado las penas siempre que se den las circunstancias que el mismo precepto contie-

ne, cuando se ha producido, habría de ser revisable en casación (22).

2.º Ha de ser ley penal sustantiva.

No se tratará de ley, sino que, además, habrá de ser penal sustantiva. En este caso, los únicos problemas son de encuadre de la norma que se afirma infringida entre aquellas que determina el tipo, la pena, y las circunstancias modificativas y extintivas de la responsabilidad penal.

3.º Alternativamente podrá ser también ley «del mismo carácter que deba observarse en la aplicación de aquélla» (23).

Esta alternativa se presenta mucho más problemática en comparación con la anterior. Lo dudoso aquí es determinar a qué se está haciendo referencia con esta alusión. No parece razonable entender que implica una mera reiteración de lo anterior, puesto que sería una expresión innecesaria. En consecuencia, más que a normas penales, parece que habrá de referirse a normas sustantivas o materiales pertenecientes a cualquier otra rama del derecho distinto del penal, si bien constituyen instrumento necesario para la aplicación de la ley penal (24). En este caso se estarían incluyendo las normas que han de observarse para aplicar la ley penal en cuanto ésta la reclama para integrar su contenido (25); o también las que han de observarse con ocasión de la aplicación de la ley penal, como por ejemplo las normas civiles a los efectos de la pretensión civil acumulada.

Lo que deriva del precepto, de entrada, es que la infracción de las normas procesales



- (21) Para FENECH NAVARRO, M., *El Proceso penal*, Madrid, 4.ª ed., 1982, pág. 361, si su aplicación o la medida en que deben aplicarse se atribuye total o parcialmente a la discreción del juzgador, representan apreciaciones de hecho no censurables en casación.
- (22) LUZÓN CUESTA, J. M., *El recurso de casación penal*, Madrid, 1993, págs. 48-9, así como la jurisprudencia que cita en la nota 106, en relación al derogado art. 256 CP.
- (23) En opinión de FENECH NAVARRO, M., *El Proceso penal*, cit., pág. 360, el juicio de derecho puede revisarse siempre que las normas aplicadas sean sustantivas, y no cuando sean procesales.
- (24) PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1978, pág. 396.
- (25) Un ejemplo gráfico de precepto penal que requiere de integración quizás sea el art. 246 CP. Según el mismo, «el que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de seña-les o mojones destinados a fijar límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado». Y entre muchos otros, el concepto de cosa mueble a los efectos de los arts. 234 y ss CP; de acto o negocio jurídico —art. 243—; cosa inmueble —art. 245—, etc.

no permite el acceso a la casación por la vía del art. 849.1 LECrim (26). Por ello que, ante su relativa claridad, la jurisprudencia viene negando mayoritariamente la posibilidad de que las normas de procedimiento o no sustantivas tengan acceso a la casación (27). Siendo así, se presenta como harto difícil que la infracción del art. 741 LECrim, como norma de carácter claramente procesal, pueda permitir la revisión casacional de la valoración de la prueba.

Así y todo, algún sector de la doctrina ha realizado un esfuerzo interpretativo para intentar encajar las normas procesales en el ámbito de la vía de la infracción de ley. Para GÓMEZ ORBANEJA (28), la frase «del mismo carácter» puede interpretarse en dos sentidos: que debe tratarse de una norma no penal, de carácter sustantivo; o penal, pero procesal. Lo grave es que un sentido excluye al otro y en ninguno de los dos casos la restricción tiene razón de ser. En definitiva —señala el mismo autor— «de nada serviría admitir la impugnación por infracción de ley de determinados autos de las Audiencias si restringiéramos la infracción a la ley sustantiva». En esa misma línea, manifiesta

CORTÉS DOMÍNGUEZ (29) que mantener de forma inflexible la exclusión de normas procesales «nos llevaría a negar el recurso de casación por infracción de ley cuando la norma violada es de carácter penal adjetivo, que aplicadas en determinadas ocasiones pueden dar lugar a la declaración de inocencia o pueden propiciar la condena».

Estos esfuerzos interpretativos incluso han tenido ocasionalmente frutos en cuanto que, aunque sea en muy puntuales ocasiones, el mismo Tribunal Supremo ha entrado a analizar cuestiones procesales introducidas a través del art. 849.1 LECrim (30).

En fin, no voy a negar de plano que la infracción de una norma procesal permita fundar el motivo del art. 849.1 LECrim. Es más, se presenta en principio como razonable que las normas procesales penales sean consideradas como si fueran sustantivas en los casos en que operan como norma material, esto es, cuando sean infringidas no *in procedendo*, sino *in iudicando*, de modo que la aplicación de las mismas haya determinado el fallo de la resolución impugnada (31). Sin embargo,

- (26) En esa línea, recientemente, LÓPEZ CASTILLO, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley. Artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 228.
- (27) Entre las más recientes, la STS (Sala 2ª), 20 de junio de 2003, Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz, se muestra tajante cuando afirma que «como es sabido las normas procesales no sustantivas carecen de validez en la vía Casacional de la infracción de ley. Las normas jurídicas, en cuanto atribuyen derechos u obligaciones y establecen las reglas necesarias sobre lo justo y lo injusto constituyen disposiciones distintas de las normas de procedimiento, permaneciendo éstas con una existencia subordinada porque dan sólo garantías y los soportes de aquellos derechos sustantivos —Auto de 9 septiembre de 1998, entre otros—».
- (28) GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, (con HERCE), cit. págs. 307-8 (con cita de ÁLVAREZ VALDÉS, Rev. Der. Púb., III, núm 26).
- (29) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, (con GIMENO y MORENO), cit., pág. 672. Y en idéntico sentido ESCUSOL BARRA, E., *Manual de Derecho Procesal-Penal*, Madrid, 1993, pág. 697.
- (30) Así, por ejemplo, la STS (Sala 2ª), 20 de mayo de 1997, Ponente: D. Joaquín Martín Canivell, no obstante partir de la regla de que «no es posible admitir un motivo de tal clase para denunciar infracciones formales o de preceptos adjetivos o procesales», entra en el análisis de cuestiones de carácter procesal «interpretando con amplitud el precepto del artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala se hagan valer la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de requisitos indispensables o determinen indefensión por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate». Claro que al final, la misma sentencia desestima el motivo pues, como indica «no hay base para apreciar nulidad de actuaciones de acuerdo con el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la sola excepción del registro practicado en la habitación del hotel de Marbella en la que habitó el acusado inmediatamente antes de su detención y que es nulo, no ha determinado directa ni indirectamente la obtención de pruebas para su condena, por lo que tampoco se observa infracción del artículo 11.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en definitiva, procede la desestimación del motivo».
- (31) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., pág. 371. Así y todo, no ha de pasar por alto que en el ámbito del proceso civil, a pesar de esta razonabilidad, las normas procesales que operan como normas materiales son consideradas como normas procesales a los efectos de fundar el recurso extraordinario por infracción procesal, que-

ha de convenirse que su integración en este precepto se presenta ya con serias dudas dado su poco terminante tenor literal del mismo precepto y la interpretación que del mismo se ha hecho por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

B) Un obstáculo difícilmente superable: el necesario respeto de los hechos probados, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de los juicios de valor

Cuando el art. 849.1 LECrim impone partir, para poder entender que ha sido infringida la ley, de «los hechos que se declaren probados en las resoluciones», excluye cualquier atisbo de posibilidad de modificación de estos hechos. Impide o al menos dificulta considerablemente cualquier interpretación por la que, a través de una infracción legal —y mucho más si la norma es procesal—, se obtenga una modificación de este material fáctico. Con todo, conviene realizar alguna precisión.

La referencia a hechos probados la hago en un sentido no formalista. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, es razonable entender que no sea necesario que los hechos se contengan en el relato de hechos probados de la sentencia, ni siquiera en lo que el art. 248.3 LOPJ denomina como «antecedentes de hecho», sino que el *factum* también se integraría «por los datos puramente fácticos que obren en los fundamentos jurídicos de la sentencia» (32).

dando vedado el acceso a la casación. En la doctrina, entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., «La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, 24 de mayo de 2001, pág. 6. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 48.

(32) Son palabras de la STS, Sala 2.ª, 5 de junio de 1997, Ponente: D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

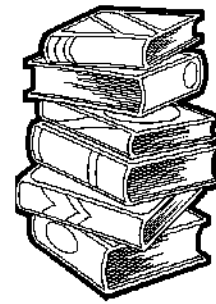
(33) Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., pág. 369.

(34) Sobre estos hechos, la STS (Sala 2.ª, Secc. 1.ª), 15 de marzo de 2007, Ponente: D. Antonio Ramos Gancedo, afirma que «el juicio de inferencia así obtenido por el juzgador de instancia puede ser impugnado en casación alegando la vulneración de la presunción de inocencia respecto a la falta de prueba de cargo válida que acredite los datos fácticos indiciarios que constituyen el presupuesto material del juicio de inferencia; y puede ser impugnada también la conclusión obtenida cuando ésta viole las reglas de la racionalidad, de la lógica y del recto criterio, con arreglo a las cuales no pueda considerarse concurrente el elemento subjetivo requerido por el tipo penal aplicado y, por consiguiente, por error de derecho al haber aplicado incorrectamente dicha figura penal, por lo que tal impugnación deberá efectuarse por la vía casacional del art. 849.1.º LECrim, pero no al amparo de la presunción de inocencia».

(35) Entre otras, STS (Sala 2.ª), 5 de junio de 1997.

Asimismo, puede ocurrir que el motivo tenga éxito por la vía de una infracción legal indirecta por haber sido aplicada la norma a un substrato fáctico indebido. En efecto, aunque las posibilidades de modificación de los hechos a través de la vía del art. 849.1 LECrim son escasas cuando no inexistentes, la alteración fáctica podrá ser consecuencia de otras posibilidades como las que limitadamente ofrece el art. 849.2 LECrim. En este caso podrá entenderse cometida una infracción legal del punto primero en cuanto a que se ha aplicado el derecho a unos hechos que han sido alterados mediante la estimación del punto segundo (33). Ahora bien, ha de quedar bien claro que se exige una modificación fáctica a través de los mecanismos legales que lo permitan, entre los que no se encuentra el art. 849.1 LECrim.

Cuestión distinta es que por esta vía sea posible revisar elementos como los juicios de valor que, aunque íntimamente relacionados por ser fruto de los mismos, no se consideran propiamente hechos. Un ejemplo puede ser el juicio de inferencia relativo a los elementos subjetivos del delito, como el dolo, que se realiza a partir de los hechos declarados probados (34). En efecto, la jurisprudencia ha venido entendiendo tradicionalmente que los juicios de valor no son hechos en sentido estricto (35), por lo que el órgano casacional no se encuentra vinculado cuando la sentencia los expresa, por supuesto, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve su falta de lógica y



racionalidad, en relación con datos objetivos acreditados (36). Por ello que estos juicios de valor, como ha admitido tradicionalmente la jurisprudencia (37), podrán ser revisados por la vía del art. 849.1 LECrim, sin necesidad de ser desvirtuados por otros cauces. Pero no se trata de revisar los hechos de los que derivan y que solamente serán revisables a través de otras vías casacionales, sino los juicios de valor que se realizan partiendo de los mismos. Por supuesto que igualmente cabrá su modificación si se lograra por otras vías alterar los hechos de los que se infieren.

En definitiva, al margen de interpretaciones *contra legem* que puedan realizarse y de los intentos más o menos bien intencionados que se encuentran en la base de interpretaciones amplias, *lege lata* y tal como interpreta reiteradamente el Tribunal Supremo español, técnicamente de forma intachable, el art. 849.1 LECrim meramente autoriza a la revisión del error *in iudicando in iure*, esto es, el del juicio jurídico realizado al dictar sentencia, sin posibilidades de alterar los hechos probados sobre los que el juzgador de la instancia ha aplicado el derecho.

(36) Entre las más recientes, la STS (Sala 2.ª, Secc. 1.ª), 19 de febrero de 2007, Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer, manifiesta que «ha repetido esta Sala que: El relato de hechos probados de una sentencia de instancia (sea del Jurado o de un Tribunal profesional) es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que pueden ser revisados en vía de recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados». Con base en la jurisprudencia, PIQUÉ VIDAL, J., RIFÀ SOLER, J. M., SAURA LLUMIÀ, L., y VALLS GOMBAU, J. F., *El proceso penal práctico*, Madrid, 1993, pág. 844, con cita de las SSTs de 19 septiembre y 30 de septiembre de 1985, y 4 de febrero de 1986, afirman que «siempre que en su desarrollo se suministren elementos que tiendan a destruir la deducción realizada en la instancia o demuestren que dicha deducción no se corresponde con los actos de naturaleza objetiva insertos en la narración histórica de la sentencia».

(37) Entre otros ejemplos, STS (Sala 2.ª), 25 de abril de 1997, afirma que «tradicionalmente esta Sala viene permitiendo la impugnación en casación de la mencionada conclusión lógica, por tratarse de una cuestión que excede de lo meramente fáctico, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim»; o la STS (Sala 2.ª), 26 de junio de 1995 cuando afirma que «esta Sala siempre ha señalado que el juicio u operación lógica para que de datos externos y acreditados hacer aflorar elementos internos y desconocidos, debe reconducirse por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

(38) En términos de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 5 de junio de 1995, se trata de combatir la sentencia «en razón a la comisión presunta de errores «in iudicando» (...) cuando hayan incidido en errores «fácticos» o de hecho en la valoración y apreciación del dato probatorio». Y con similares palabras, otras muchas, como la STS (Sala 2.ª), 16 de octubre de 1995.

(39) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal* (con GIMENO y MORENO), cit., pág. 674.

(40) Específicamente sobre el mismo, CALVO SÁNCHEZ, M. C., *Estudio de la Ley 6/1985 de 27 de marzo sobre modificación del art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *LA LEY*, 1986, págs. 1108-14.

(41) Comparto así las palabras de CALVO SÁNCHEZ, M. C., *Estudio de la Ley 6/1985 de 27 de marzo sobre modificación del art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 1110, cuando señala que

2. Infracción de ley conforme al art. 849.2 LECrim y control limitado

Al contrario del punto anterior, el art. 849.2 LECrim permite la revisión de los hechos (38). Son oportunas ahora las palabras de CORTÉS DOMÍNGUEZ (39), cuando explica que este motivo permite «controlar la racionalidad del juicio, esta vez histórico, que ha llevado a cabo el Tribunal (...) poner de manifiesto la arbitrariedad de la valoración probatoria (...) contraponiéndola con los términos claros y precisos de un documento». Así y todo, no cabrá afirmar con fundamento que por esta vía se abre el recurso de casación a todo control de los hechos puesto que las posibilidades que ofrece son ciertamente limitadas. Como dispone el citado precepto, se entenderá infringida la ley «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» (40). Esto supone que se autoriza el acceso a casación del error *in iudicando* por falta de correspondencia entre el hecho declarado probado y el documento con el que ha de compararse. En realidad lo que se produce es un vicio en la actividad judicial de fijación de hechos a los que ha de aplicar la ley material (41), en su contraste con

los documentos. El error *in iudicando* es, por tanto, indirecto o secundario, al producirse en la medida que la subsunción legal en la sentencia queda privada del necesario soporte fáctico. Pero la propia redacción del precepto demuestra que las posibilidades de revisión fáctica son limitadas.

Lo primero que ha de indicarse es que mediante este motivo no se autoriza la sustitución de la valoración de los hechos que efectúa el juzgador. Para ello sería necesario sustituir la valoración judicial plasmada en la sentencia recurrida por la que pudiera alcanzarse por el Tribunal Supremo; y, el art. 741 LECrim no solamente es en principio inhábil —como hemos visto en el punto anterior— para mediante su infracción lograr una modificación del supuesto fáctico de la sentencia recurrida, sino que el mismo precepto impone que sea el órgano de la instancia —y no el Tribunal Supremo— quien dictará sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados (42). Por el contrario, lo que abre es exclusivamente la posibilidad bien de anular algunos hechos indebidamente incluidos en el relato histórico de la sentencia o bien integrar el mismo relato con hechos indebidamente excluidos (43), lo que no es exactamente lo mismo que sustituir en general la valoración probatoria.

«no se trata en este supuesto de un puro error in iudicando, sino de un vicio en la actividad que lleva a cabo el órgano jurisdiccional cuando, ya terminado el procedimiento, debe fijar los hechos a los que aplicará la ley material».

- (42) Las palabras del ATS (Sala 2.ª), 14 de mayo de 1997, son elocuentes cuando afirma sobre la posibilidad de sustituir la valoración efectuada por el Tribunal sentenciador por la suya propia, «que no es posible, por ser de su propia y exclusiva competencia, por imperativo del artículo 741 de la LECrim».
- (43) Entre las más recientes, la STS (Sala 2.ª, Secc. 1.ª), 22 de mayo de 2008, Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, pone de manifiesto que «el motivo ha de tender bien a anular una aseveración del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él; de manera que en cualquiera de ambos casos la subsunción de la sentencia sometida a recurso quede privada del necesario soporte fáctico».
- (44) Resulta muy clara la STS (Sala 2.ª), 4 de noviembre de 1989, Ponente: D. Ramón Montero Fernández-Cid, cuando afirma que «la rectificación del «Factum» no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa histórica distinta a la establecida y consiguientemente para posibilitar una subsunción diferente de la que se impugna».
- (45) GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal* (con HERCE), cit., pág. 308.
- (46) GIMENO SENDRA, V., «La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema de recursos)», en *BIM*, 1988, pág. 123.
- (47) Un resumen de los requisitos lo podemos encontrar en la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 13 de diciembre de 2007, Ponente: D. Julián Sánchez Melgar, cuando afirma que: «la jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sen-

De todos modos, aunque no se trate de sustituir la función valorativa del juzgador *a quo*, añadiendo hechos o excluyéndolos del relato, lo bien cierto es que la estimación del motivo autorizará la modificación del citado relato y, por ese camino, la actividad de subsunción de la norma en los mismos que inicialmente podría considerarse correcta al final deriva en incorrecta. Todo esto permitirá alterar el fallo(44), que es desde luego lo que pretenderá el recurrente en un sentido favorable a sus intereses.

De hecho, precisamente las posibilidades de modificación del relato de hechos ha justificado críticas doctrinales de distinto signo. GÓMEZ ORBANEJA (45), estima que se produce así una ampliación de su ámbito incompatible con la que considera que es su «específica naturaleza». Igualmente criticado, aunque sea por razones diametralmente opuestas, GIMENO (46), estima que el recurso de casación «debiera ser derogado, si se instaurara la segunda instancia (...) y sustituido por otra norma, que permitiera al Tribunal Supremo elaborar una depurada doctrina sobre la prueba prohibida».

Pero no solamente son obstáculos generales. Las limitaciones que autoriza esta vía de recurso derivan también de los requisitos específicos para su estimación que se presentan altamente restrictivas (47).

No se establece un requisito de cierta intensidad en el error, pero ésta deriva necesariamente de su propia operatividad tal y como se exige en el art. 849.2 LECrim

El error no ha de resultar de complejas elucubraciones, sino que ha de surgir del simple contraste o comparación. La Ley 6/1985, de 27 de marzo, suprimió el requisito de que la equivocación o el error del juzgador fuera *evidente*, pero no ha de pasar por alto que la jurisprudencia estuvo manteniendo, durante más de diez años (48), que debía tener el carácter de «evidente, notorio y de importancia» (49). Con todo, de la actual regulación del motivo es claro que no se desprende la necesidad de una especial intensidad en la equivocación o error en el contraste. De hecho, la jurisprudencia en los últimos tiempos se limita a señalar que, comparando el documento con los hechos fijados en la sentencia recurrida, resulte un dato fáctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, o un hecho no incluido en la declaración fáctica (50). Ahora bien, precisamente la circunstancia de que el error derive del simple contraste, aunque no se contemple como condición de admisibilidad, permite sostener que de un modo o de otro se va a presentar como «evidente», pues no de

otro modo surgirá por el citado contraste en la comparación entre documento y hechos probados de la sentencia.

La irregularidad en el contraste ha de producirse no de cualquier forma, sino solamente cuando se ha omitido un hecho que resulta del documento, o, por el contrario, se afirma uno divergente o contradictorio con el mismo. En definitiva, no se establece un requisito de cierta intensidad en el error, pero ésta deriva necesariamente de su propia operatividad tal y como se exige en el art. 849.2 LECrim. Y, lo que es más importante, el error no derivará del contraste entre cualquier medio de prueba —por muy «evidente» que se pueda presentar— sino única y exclusivamente de un documento que, además y como a continuación veremos, ha de entenderse en sentido restrictivo.

En efecto, la jurisprudencia ha ido perfilando tanto el concepto como los requisitos del documento y lo ha hecho en un sentido no precisamente expansivo (51).

tido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del «factum» derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del «factum» no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna».

- (48) Al menos hasta la STS (Sala 2.ª), 29 de noviembre de 1995, Ponente: D. Roberto Hernández Hernández.
- (49) Por ejemplo, la STS, Sala 2.ª, de 5 de junio de 1995, afirma que «requiere que existan en la relación descriptiva supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia». La STS, Sala 2.ª, 29 de noviembre de 1995, en muy similares términos señala que «requiere para su acogimiento que existan en la relación descriptiva (acreditada) supuestos inexactos, que el error sea evidente, notorio y de importancia trascendente al fallo». Para MARTÍNEZ ARRIETA, A., *El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia*, Granada, 1996, pág. 52, «este requisito choca frontalmente con el principio «in dubio pro reo» que obliga a dar un determinado sentido a las dudas sobre la culpabilidad propiciada por un elemento probatorio».
- (50) Como dice la STS (Sala 2.ª), 23 de noviembre de 2005, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, «el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica».
- (51) Dice la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 28 de mayo de 2008, Ponente: D. Joaquín Giménez García, reitera las palabras de otras resoluciones cuando define el documento como «aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma, quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 14 de febrero, 1553/2000 de 10 de octubre, y las en ella citadas».

Se autoriza el documento en sentido estricto, aunque incluyendo aquellos medios asimilados que derivan de los modernos sistemas de reproducción del sonido y la imagen (52). Poco que ver, por tanto, con la *Aktenwidrigkeit* austriaca, y la posible contradicción no solamente con la prueba documental sino con los autos como concepto más general. En fin, en derecho español queda excluido cualquier otro medio de prueba por mucho que pueda estar documentada por la fe pública judicial (53), como puede ser la testifical, actas del juicio oral, declaraciones de acusados y otros en fase instructora o en plenario, informes policiales, sentencias y resoluciones antecedentes, sumario y el rollo. Solamente se admite la inclusión de la prueba pericial si bien excepcionalmente o con condiciones, esto es, cuando se trate de un dictamen único o varios coincidentes de modo absoluto, y que el juzgador haya incorporado su contenido a la narración histórica de modo fragmentario

o en absoluta contradicción con las reglas de la lógica y la racionalidad (54).

Es cierto que la Ley 6/1985, de 27 de marzo, introdujo alguna posibilidad de ampliación cuando suprimió que el documento tuviera que ser auténtico. Ahora bien, esta circunstancia no empece para que deba ofrecer la condición de «literosuficiente», esto es, que tenga la virtualidad suficiente para acreditar indubitadamente, y sin necesidad de acudir a medios distintos, el error de hecho (55).

Y, desde luego, lo que resulta totalmente relevante para comprender la extraordinaria limitación que esta vía casacional permite para la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia es que no solamente el contraste de los hechos ha de ser con documentos restrictivamente entendidos, sino que además se requiere esencialidad del error y trascendencia para la subsunción (56),

- (52) Como dice, entre otras muchas, la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 29 de junio de 2006, Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo, «que se trate de un documento en sentido estricto, y ha de entenderse por tal el escrito, en sentido tradicional, o aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un diskette un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como «cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo» (obsérvese que se trata de una interpretación ajustada a la realidad sociológica, puesto que, al no haber sido objeto de interpretación contextual y auténtica, puede el aplicador del derecho tener en cuenta la evolución social), siempre que el llamado «documento» tenga un soporte material, que es lo que sin duda exige la norma penal. (Por todas, SSTs 1170/94, de 3 de junio, 1763/1994, de 11 de octubre y 711/1996, de 19 de octubre). En la actualidad dicha fórmula jurisprudencial tiene adecuada correspondencia en la norma contenida en el artículo 26 del nuevo Código Penal, según el cual «A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».
- (53) Como señala ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., pág. 371, «la razón es obvia, el error no lo demostraría el documento, sino la propia declaración».
- (54) Indica la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 28 de mayo de 2008, Ponente: D. Joaquín Giménez García, «de manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala (...) La justificación de alterar el factum en virtud de prueba documental —y sólo esa— estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de intermediación y contradicción». Y en similares términos, otras como la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 29 de junio de 2006, Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo.
- (55) Según la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 13 de diciembre de 2007, Ponente: D. Julián Sánchez Melgar, «los documentos invocados no tienen la condición de literosuficientes, por tratarse de prueba personales (declaración de una perjudicada), ni la entrega de llaves puede tampoco considerarse de estas características, ni otros documentos contradichos con prueba también documental, junto a otros que resultan inocuos al proceso».
- (56) Indica el ATS (Sala 2.ª), 26 de enero de 2000, Ponente: D. Gregorio García Ancos, sobre la «esencialidad del error y trascendencia para la subsunción», que «es obvio que el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (...); por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes; lo que es consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la irrelevancia de los errores secundados en la motivación;

de modo que no sería estimable si el error se refiere a extremos accesorios o irrelevantes (57), y, sobre todo además el documento no ha de resultar desvirtuado por otros medios de prueba (58).

De otro lado, incide también en la limitación la circunstancia de que la comparación se dará entre hecho y documento que figure y esté aportado a los autos (59). No se autoriza la introducción de cualquier documento exterior que no se encuentre ya aportado a los autos. Además, ha de señalarse muy concretamente, tal y como exige el art. 855.II LECrim como condición de la admisión conforme al art. 884.6.º LECrim, que el recurrente designe «sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestre el error en la apreciación de la prueba», esto es, que se señale por el recurrente «en qué término, frase o perí-

odo del relato de hechos probados está el error de hecho» (60).

En resumidas cuentas, el art. 849.2 LECrim permite la revisión de los hechos declarados probados en la resolución impugnada mediante el recurso de casación. Sin embargo, se trata de una vía muy limitada tal y como deriva de los propios términos del precepto. No se trata de modificar la valoración probatoria sino de poder integrar o excluir hechos, según los casos, indebidamente incluidos o excluidos cuando en su contraste con los documentos (en sentido estricto) que consten en los autos se desprenda el error. Igualmente, aunque no se exija este requisito, y hasta incluso habiéndose eliminado expresamente del texto legal, como sea que ha de derivar del contraste entre hechos y documentos obrantes en autos, el error se ha de presentar evidente y claro o no se presentará. Con todo esto y al margen de opiniones sobre even-

y así como señalara la STC 44/1987, de 9 de abril «carecería así de sentido la concesión de un amparo que se limitara a anular una parte de la motivación de la sentencia y mantuviera en su integridad el fallo. Pero también carecería de sentido anular totalmente una sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que el órgano judicial dictara una nueva sentencia en la que confirmara el fallo, pero corrigiera posibles desaciertos en la redacción de su fundamentación»; y en la más reciente STC 124/1993, de 19 de abril, que «los errores cometidos en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales sólo tienen trascendencia constitucional en cuanto sean determinantes de la decisión adoptada, esto es, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo»; doctrina también coincidente con la reiterada de esta Sala, representada entre muchísimas por la reciente STS 688/1996, de 15 de octubre».

- (57) Para la STC 44/1987, 9 de abril «carecería así de sentido la concesión de un amparo que se limitara a anular una parte de la motivación de la sentencia y mantuviera en su integridad el fallo. Pero también carecería de sentido anular totalmente una sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que el órgano judicial dictara una nueva sentencia en la que confirmara el fallo, pero corrigiera posibles desaciertos en la redacción de su fundamentación». Por su parte, la STC 124/1993, 19 de abril señala que «los errores cometidos en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales sólo tienen trascendencia constitucional en cuanto sean determinantes de la decisión adoptada, esto es, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo».
- (58) Como señala, entre otros, el ATS (Sala 2.ª), 26 de enero de 2000, Ponente: D. Gregorio García Ancos, se exige «autarquía demostrativa del documento. Ha de serlo desde dos planos: a) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiencia, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error. b) Que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala».
- (59) Como se ha indicado respecto de la vía de recurso anterior, tampoco es aquí imprescindible que los hechos se hallen formalmente en la parte de la sentencia correspondiente a los antecedentes de hecho, sino que basta a tal efecto que quede patente en la sentencia. De ese modo se obliga a tomar expresamente en consideración los documentos, aunque sea para acabar diciendo que su contenido no es fiable. Lo que se pretende con ello es corregir la posible falta de motivación de la apreciación de las pruebas, haciendo casable cuando pueda comprobar con facilidad o evidencia, esto es, con el documento en la mano, que se ha producido un error (con esa idea, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., págs. 371-2).
- (60) Son palabras de la STS (Sala 2.ª), 21 de julio de 1995, Ponente: Ponente: D. Justo Carrero Ramos.

tuales conveniencias político-técnicas, la regulación legal en este punto demuestra que las posibilidades de revisión del material fáctico, aunque no excluidas, resultan ciertamente escasas.

III. LA AMPLIACIÓN DEL CONTROL FÁCTICO MEDIANTE LA INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL COMO MOTIVO DE CASACIÓN DEL ART. 852 LECRIM

1. ¿Existe actualmente una vía procesal autónoma e independiente para la infracción de precepto constitucional?

La norma infringida no solamente puede ser, como hemos visto hasta ahora, ordinaria, sino que también cabe que tenga rango constitucional. Esto ocurrirá en aquellos casos, por lo demás habituales, en los que su funcionalidad en el juicio jurídico contenido en la sentencia sea idéntica a la del precepto legal. En relación con ello, el art. 5.4.1 LOPJ dispone que «en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional». Y el art. 852 LECrim que «en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional».

El art. 5.4 LOPJ en sus inicios fue recibido como si de una especie de panacea procesal se tratara (61). No obstante su patente influencia para incentivar los recursos de casación basados en la infracción de precepto constitucional, y sobre todo del derecho a la presunción de inocencia, en realidad resultaba a los efectos de admisión como irrelevante, puesto que la infracción de precepto constitucional como motivo de casación subsistiría como cuestión aunque tal pre-

(61) En palabras de DE URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, cit., pág. 31, «puede decirse, sin exageración alguna, que ha revolucionado la casación penal».

(62) Véase extensamente BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Elcano, 2000, págs. 187-208.

(63) Para un análisis de todos estos puntos, véase igualmente BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Elcano, 2000, págs. 225-74.

cepto no estuviera vigente. Su importancia más bien fue jurídico-didáctica, como recordatorio de algo preexistente como es que la constitución tiene valor de ley (62). Y es que si la constitución tiene preceptos con carácter normativo, su infracción permitirá sin ningún género de discusión fundar un recurso de casación, no porque nos lo recuerde ningún precepto de la LOPJ o de la LECrim, sino porque la infracción de ley ya era entonces, conforme a la LECrim, motivo de casación tal y como hemos visto.

En sus inicios al menos podía afirmarse que no existía ninguna suerte de vía autónoma de recurso de casación penal por infracción de precepto constitucional. El mismo art. 5.4 LOPJ se refiere a que será suficiente con la infracción de precepto constitucional para fundar el recurso de casación pero, eso sí, «en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación». Esto significaba, ni más ni menos, que junto a la vía correspondiente por infracciones *in procediendo*, las únicas posibilidades casacionales por infracción de ley eran las previstas en los antes analizados puntos 1 y 2 del art. 849 LECrim. Desde luego, no existía motivo suficiente para sustentar que el citado art. 5.4 LOPJ aperturaba ninguna suerte de casación penal, autónoma e independiente, por infracción de precepto constitucional con base en las resoluciones recurribles, la legitimación, los motivos de impugnación, la admisión del recurso y los efectos de la estimación (63). Otra cosa es que se hubieran suavizado los requisitos formales de admisibilidad.

El vigente art. 852 LECrim, redactado conforme a lo previsto en la disposición final 12.^a de la LEC, dispone que «en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional». Permite justificar que la voluntad del legislador no ha sido tanto introducir una vía de casación puesto que, como bien se ha indi-

Esto implica, E que no se encorseta a su introducción por las vías del punto primero o del punto segundo del art. 849 LECrim; y ni siquiera, por lo que sea relevante al procedimiento, en las de los arts. 850 y 851 LECrim.

cado (64), dicho precepto «permanece mudo sobre el tratamiento procesal», sino más bien introducir una especie de embudo que permita el acceso de la infracción de los preceptos constitucionales en la casación sin más planteamientos. Esto implica, consecuente además con la especial operatividad de estos derechos constitucionales, que no se encorseta a su introducción por las vías del punto primero o del punto segundo del art. 849 LECrim; y ni siquiera, por lo que sea relevante al procedimiento, en las de los arts. 850 y 851 LECrim.

Formalmente parece que se introduce una tercera vía de recurso, necesaria para evitar cualquier dificultad de encaje sobre todo a efectos de admisibilidad entre las tradicionales vías *in procediendo* o *in iudicando*. Pero ahí queda la cosa porque, al margen de condiciones de admisibilidad, la vulneración de derechos constitucionales opera solamente *in iudicando* o, en su caso, *in procedendo*, sin que existan términos medios de articulación ni consecuencias distintas a las que se prevén para los mismos (arts. 901 y 902 LECrim). La aparente vía del art. 852 LECrim, por tanto, no es más que una especie de embudo jurídico de acceso facilitado de la casación fundada en la infracción del precepto constitucional. Pero el recurso ha de digerirse a continuación —y hasta sus últimas consecuencias— conforme a la operatividad de la infracción *in iudicando* o *in procediendo* (65), esto es, como los motivos del art. 849 o, alternativamente, como los de los arts. 850 y 851 todos ellos LECrim, porque no hay más. Ha de rechazarse, así, cualquier «anarquía» casacional con el pretexto de que se crea una nueva y autónoma vía de acceso y ante el inexistente tratamiento procesal específico.

Aunque la infracción de precepto constitucional, paradigmáticamente el de presunción de inocencia, tiene la cualidad de

(64) LÓPEZ CASTILLO, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley. Artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 278.

(65) Como pone de manifiesto LÓPEZ CASTILLO, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley. Artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 282, el punto de partida es la falta de homogeneidad en los derechos fundamentales. Conviene la lectura de este —magnífico— trabajo, igualmente en sus siguientes páginas.

(66) Indicaba la STC 140/1985, con la «pertinencia se apurar las posibilidades», o, en términos de la STS (Sala 2.ª), 30 de mayo de 1988) considerando que «se ensanchan, amplifican las vías... por una aplicación flexible y racional de las normas procesales».

implicar la posibilidad de infracciones legales de los dos tipos, a pesar de que supone cierto efecto facilitador del acceso a la casación, analizado a detalle, solo supone alguna ampliación respecto de las tradicionales vías de acceso casacionales que, antes de la entrada en vigor del art. 852 LECrim, aunque con algún esfuerzo interpretativo, ya permitían su acceso. Otra cosa es que, como ahora veremos, la infracción del derecho a la presunción de inocencia se encuentra en la vanguardia de la tendencia no solamente flexibilizadora sino también ampliadora del ámbito del recurso de casación hasta la casi apelación.

2. Las ventajas del art. 852 LECrim para despejar interrogantes sobre el acceso de la infracción de los preceptos constitucionales

El hecho de que la infracción de normas constitucionales permita el acceso a la casación, aunque no sea fruto del art. 5.4 LOPJ ni del posterior art. 852 LECrim, sino de la propia eficacia normativa de la Constitución (de algunos de sus preceptos en realidad), no resulta un acontecimiento anecdótico. Al margen de que inicialmente exigió grandes esfuerzos interpretativos (66), el recordatorio de que la Constitución tenía preceptos normativos, que podía ser infringida y permitir el acceso por tanto a la casación (inicialmente a través de un debido entendimiento, no con pocas dificultades, a través del art. 849 LECrim), supuso un importantísimo incentivo de los recursos de casación. Pocos son, desde entonces, los recursos en los que no se alega la infracción de algún derecho fundamental, especialmente el de la presunción de inocencia.

De un plumazo se han resuelto, desde la actual redacción del art. 852 LECrim, los más visibles problemas de encaje que provocaba la infracción de precepto constitu-

cional en los términos del art. 849 LECrim, con la circunstancia añadida de que además operan desde la vertiente *in iudicando* o *in procedendo*. El art. 852 LECrim evita así el inicial encorsetamiento entre los motivos de casación anteriores (67). Desde luego no resuelve el tratamiento procesal que corresponde a la infracción de precepto constitucional una vez se hace «tragar» al Tribunal Supremo el recurso a través del embudo del art. 852 LECrim. Pero al menos soluciona el problema más llamativo que es el del acceso. Ahora bien, por lo que ahora nos interesa, ¿implica todo esto que podrá mediante esta vía revisarse la valoración probatoria sin ningún género de límites, convirtiendo la casación en una segunda instancia? En mi opinión, aunque no claramente, la respuesta debería ser negativa.

Sin duda, el recurso de casación ha de servir y ser consecuente con los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico contenidos en la Constitución. Es así admisible la casación por infracción procesal sin necesidad del tamiz inicial de los motivos tasados de los arts. 849 a 851 LECrim. Pero en realidad, las posibilidades que ofrecerá no deberían alejarse, casi nada, de lo que ya permitían los citados motivos, evidentemente interpretados con la amplitud suficiente. Como a continuación veremos, solamente el derecho a la presunción de inocencia ha implicado alguna ampliación respecto de las posibilidades que ofrecía la casación hasta que empezamos a caer en la cuenta, gracias al art. 5.4 LOPJ, de que los preceptos constitucionales podrían servir de motivo del recurso.

Aunque la valoración probatoria efectuada por el juzgador de instancia queda en principio excluida del control casacional, el Tribunal Supremo no resulta ajeno al

conocimiento de si se ha producido una mínima actividad probatoria (porque no se ha practicado o porque la practicada sea nula), si la prueba —toda ella y no solamente la documental— merece considerarse racionalmente como de cargo, o incluso si el razonamiento es o no conforme con las reglas de la lógica, de la experiencia y del conocimiento científico aceptados (68). Así, entre otros que también puedan tener incidencia más o menos directa sobre los hechos, permitirá fundar el recurso de casación la infracción del art. 9 CE sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con si la prueba es o no de cargo; del art. 18 CE respecto de eventuales nulidades de prueba; art. 120.3 CE, sobre motivación de las sentencias; y, sobre todo, del art. 24.2 CE sobre la presunción de inocencia.

3. Especial referencia a la infracción del derecho a la presunción de inocencia

Posiblemente sea en el derecho a la presunción de inocencia donde se da el ejemplo más claro de cómo la infracción de un precepto constitucional es motivo de casación, actualmente a través del art. 852 LECrim, lo que permitirá obtener, en caso de estimación, una posible resolución más beneficiosa para el recurrente en atención también los elementos fácticos de la resolución recurrida.

No es éste el momento de entrar en un análisis, ni siquiera somero, de este derecho, lo que no solo desbordaría los márgenes razonables de este trabajo sino que sería una labor siempre escasa en comparación a los importantes trabajos existentes sobre la materia (69). Solamente me interesa resaltar y reconocer en estos

momentos que, si bien con algún precedente, se trata sin duda de un verdadero derecho reconocido en el art. 24.2 CE y de aplicación inmediata, por tanto, mucho más que un mero principio general. Es derecho que, en palabras de la STC 61/2005, 14 de marzo: «se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos» (70). Derecho con potencialidad para ser vulnerado por los órganos jurisdiccionales bien al condenar en ausencia de pruebas plenas sobre la comisión del hecho y la participación en el mismo del acusado, o porque en caso de duda sobre la concurrencia de los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos no le absuelvan (71).

Visualizando su devenir en el tiempo como motivo de casación, se observa que fue paradigma del necesario encaje que recibieron las tradicionales vías de acceso a la casación. El art. 849 LECrim planteaba dificultades, la del punto primero por su naturaleza procesal; la del punto segundo, como error en la apreciación de la prueba, precisamente por su inexistencia, tampoco era satisfactoria puesto que si el motivo tiende a valorar un error en la apreciación de la prueba, se presupone que ésta ha existido, que es precisamente lo que se niega con la

infracción del derecho a la presunción de inocencia. Su admisión, al mismo tiempo, supuso unas significativas dificultades de encaje que requirieron buenas dosis de flexibilidad interpretativa (72). La dificultad se pretendió solucionar inicialmente con una nada fundada creencia de que el art. 5.4 LOPJ había creado una nueva vía casacional que obviaba toda la problemática; posteriormente, con la nueva redacción del art. 852 LECrim, se le vino a dar una apariencia de cobertura legal y realidad. Todo esto no pasa de ser un ejercicio de creación y sustento jurisprudencial y hasta doctrinal interesante pero sin base legal pues, aparte de facilitar su acceso, no se regula su tratamiento procesal. Lo bien cierto es que ya entonces como ahora, bastaba sencillamente con la cita del precepto constitucional infringido (art. 24 CE) y, a lo sumo, el art. 5.4 LOPJ en relación primero con el mismo art. 849 LECrim y actualmente con el art. 852 LECrim.

Sin embargo, la admisión de la infracción de preceptos constitucionales y paradigmáticamente del derecho a la presunción de inocencia no implica —o no debería implicar— que el recurso de casación se haya convertido en una especie de apelación en la que es posible una revisión de la valoración probatoria como si de una segunda instancia se tratara. Y esto lo afirmo a pesar de las consecuencias de la ausencia de una apelación generalizada (de una segunda instancia tal vez más bien), y de los diversos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Nacio-

(67) No está de más recordar que, entre otras, la STS (Sala 2.ª), 30 de diciembre de 1989, Ponente: D. Ramón Montero Fernández-Cid, afirmaba que «la vía ritual elegida impone partir de la inmovilidad de los hechos probados y de ahí que sólo desde éstos sea posible verificar la corrección del procedimiento de subsunción».

(68) En similares términos, antes de la vigencia del art. 852 LECrim en su actual redacción, HINOJOSA SEGOVIA, R., *Derecho Procesal Penal*, (con DE LA OLIVA, ARAGONESES, MUERZA y TOMÉ), Madrid, 1997, pág. 572.

(69) Sin ánimo de ninguna exhaustividad, entre otros, ALAMILLO CANILLAS, F., *La presunción de inocencia y el recurso de casación penal*, en *La Ley*, 1983, 1, págs. 1.147 y ss. BACIGALUPO, E., «Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, págs. 365 y ss. LUZÓN CUESTA, J. M., «La presunción de inocencia ante la casación», en

Poder Judicial, 1988, págs. 147-67. MASCARELL NAVARRO, M. J., «La carga de la prueba y la presunción de inocencia», en *Justicia*, 1987, pág. 637. RICO FERNÁNDEZ, J. C., *Aplicación del principio de presunción de inocencia en la vía casacional*, en *La Ley*, 1983, 4, págs. 628-9. TOMÁS Y VALIENTE, F., «In dubio pro reo», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto 1987, págs. 9-34. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Barcelona, 1984, págs. 241 y ss. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, págs. 14 y ss. NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, págs. 185-202.

(70) También el Tribunal Supremo aporta sus definiciones. Es el caso, entre otros, de la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 22 de febrero de 2007, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, cuando dice que «la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa».

(71) Cfr. MASCARELL NAVARRO, M. J., *La carga de la prueba y la presunción de inocencia*, cit., pág. 637.

(72) Puede verse CALVO SÁNCHEZ, M. C., *Estudio de la Ley 6/1985 de 27 de marzo sobre modificación del art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit. págs. 1.111-2.

nes Unidas en las que se afirma que la casación no cumple con las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la mala imagen internacional que implica. Otra cosa bien distinta es que la mayor calidad revisora de la apelación y la evitación de esta mala imagen puedan hacer «conveniente» (lo que no es lo mismo que «necesario» o «imprescindible») la generalización de la apelación.

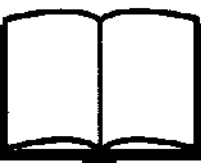
De entrada, su amplitud y operatividad para modificar los hechos se reduce desde un punto de vista subjetivo justamente a la mitad. Es así por cuanto únicamente favorecerá a una de las partes y además con condiciones: a la parte acusada que, además, haya sido condenada (casualmente coincidente con la previsión del antes citado art. 14.5 PIDCP). No se entiende cómo la infracción de un derecho que favorece a la acusada podría beneficiar a la acusadora.

Asimismo, posteriormente a la vigente redacción del art. 852 LECrim, el Tribunal Constitucional reconoció a los efectos del recurso de amparo que: «es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción... sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque... no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia» (73). Posición que es exactamente trasladable al recurso de casación, como igualmente ha reiterado incansablemente el Tribunal Supremo: «en la casación, como en el amparo constitucional, no se trata de evaluar la valoración del Tribunal sentenciador conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias

de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas». (74).

El punto de partida se configura, por tanto, con posibilidades impugnatorias limitadas a una de las partes: la condenada y siempre que exista condena, y además, sin posibilidad de revisión de la valoración de las pruebas. En el caso del Tribunal Constitucional, es así porque tales cuestiones se atribuyen a los órganos jurisdiccionales ordinarios (art. 117.3 CE); en el del Tribunal Supremo, por el carácter extraordinario del recurso de casación dadas las limitaciones impuestas, entre otros aspectos, por la regulación de los motivos de recurso y por no darse las condiciones de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad suficientes. Con estos límites, ha de desentrañarse ahora hasta dónde puede alcanzar, según la jurisprudencia, la flexibilización y amplitud operada en el ámbito del recurso (75).

Con carácter general habría de partirse de que mediante la infracción del derecho a la presunción de inocencia será posible una cierta revisión de la actividad de valoración judicial, si bien respecto de aquellos aspectos —se dice— no comprometidos con la intermediación. En el caso de que no concorra actividad probatoria alguna, la labor de fundar el recurso y de resolverlo se presenta sencillo: simplemente se constata el vacío probatorio y se actúa en consecuencia, si es posible, con una decisión de absolución o de reducción de condena. El problema es que esto no se presentará en tal forma habitualmente sino que vendrá enmascarado de una actividad probatoria aparentemente regular y de cargo. Esto implica que el Tribunal ha de valorar, junto a otros aspectos procedimentales (no exentos por ello de capital relevancia) como la regularidad en su obtención y práctica, la concurrencia de



prueba «de cargo» o, en otros términos, que tenga aptitud para que de la misma se infiera, mediante un razonamiento lógico, la concurrencia de un hecho típico y su atribución subjetiva a quien fue condenado (76).

En efecto, es necesario que la prueba haya sido regularmente obtenida y practicada, constatando especialmente la observancia de las garantías necesarias en su formación. En caso contrario, se consideraría como inexistencia de prueba de los hechos que sean favorables al recurrente e improcedente la condena. Asimismo, como el derecho a la presunción de inocencia exige la concurrencia de una mínima actividad probatoria, cabrá alegar y comprobar que la condena se basa en «pruebas de cargo, suficientes y decisivas», lo que implica que se constate que «el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo». En otras palabras, cabrá analizar «la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria» tal y como se ha debido expresar (motivar) en la sentencia. Y es que, efectivamente, en casación cabrá verificar que se contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre los hechos tipificados, las circunstancias correspondientes y su atribución subjetiva, incluyendo la racionalidad de la inferencia realizada y su expresión en la sentencia. Se censurarán aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o arbitrarias (art. 9.1 CE). En definitiva, como ilustrativamente afirma la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 3 de enero de 2008 (77), «deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación, sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas».

(76) La STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 22 de febrero de 2007, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, denomina a esto como «niveles: a) Fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona. b) Normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener».

(77) Ponente: D. Luciano Varela Castro.

En resumidas cuentas, la «función casacional», se limita a la comprobación de lo siguiente:

- 1.º Que el órgano de la instancia contó con material probatorio con aptitud para la valoración.
- 2.º La licitud y validez del citado material probatorio.
- 3.º La debida motivación de la sentencia con la exposición de los razonamientos mediante los cuales se alcanza la convicción del juzgador para considerar concurrente los hechos, las circunstancias y su atribución al recurrente.
- 4.º La suficiencia del material probatorio para justificar la convicción desde parámetros racionales y lógicos, frente a las alternativas que pudieran beneficiar al condenado.

Ante esto la pregunta es: ¿Supone una verdadera ampliación respecto del ámbito del art. 849.2 LECrim? Y, en caso afirmativo ¿hasta qué punto?

Lo primero que habría de señalarse es que la naturaleza de algunos de los aspectos a comprobar, especialmente la motivación de la sentencia, es procedimental, de modo que su control será viable a través de las tradicionales causas *in procedendo* (art. 850 y 851 LECrim). A continuación comprobar si supone una ampliación respecto de las pruebas de contraste. Inicialmente parece que no, cuando el propio Tribunal Supremo parte de que es admisible la valoración pero de «aquellos aspectos no comprometidos con la intermediación». Ahora bien, si esto fuera realmente cierto hasta sus últimas consecuencias, supondría tanto como no atender a los medios de prueba casualmente no incluidos en el art. 849.2 LECrim, donde, en todos ellos,

(73) STC 263/2005, 24 de octubre, Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde. Palabras reiteradas poco después por la STC 123/2006, 24 de abril, Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.

(74) Por ejemplo, entre las más recientes, la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 9 de junio de 2008, Ponente: D. Luciano Varela Castro.

(75) A tal efecto, véase, entre las más recientes y otras muchas, STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 13 de junio de 2008, Ponente: D. José Manuel Maza Martín; STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 22 de mayo de 2008, Ponente: D. Luciano Varela Castro; y STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 3 de enero de 2008, Ponente: D. Luciano Varela Castro.

se encuentra en principio comprometida la intermediación, aunque no necesariamente (78). Otra cosa es que se quiera decir con ello que, incluso respecto de estos medios de prueba especialmente la testifical, ha de realizarse una «revisión» sobre todo lo relativo a los aspectos externos: constancia del medio de prueba, regularidad legal en la obtención y práctica, y lógica en la inferencia puesta en relación con otras posibles versiones (79). Sin embargo, considerar esto último como puramente externo es bastante discutible. Cuanto menos es dudoso que la actividad de valoración lógica de la inferencia —o incluso la posible lógica de inferencias distintas en signo favorable al recurrente— no exija entrar en ámbitos condicionados por la intermediación. La frontera entre aspecto externo e interno de la valoración no se encuentra desde luego nítida cuando hablamos de inferencia lógica.

Partiendo de la constancia de medios de prueba regulares, el más delicado punto es por tanto la racionalidad de la inferencia. Ésta requiere no solamente una revisión «positiva» por la que se concluya que de la misma deriva la fijación de los hechos tal y como constan en la sentencia, sino que, además, exige otra valoración negativa, para excluir las objeciones que se oponen y que constituyen la realidad alternativa a la establecida en la sentencia que presentó el acusado, considerando que se muestran carentes de motivos racionales para su justificación. De ese modo, se despejará la inferencia de

las dudas que pudieran considerarse razonables (80).

La diferencia de la valoración sobre la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia y sobre la aceptación de la probabilidad de la certeza de los hechos a partir de la prueba practicada es frágil. Mediante la valoración de la prueba se estimarán unos hechos como ciertos en función de la convicción judicial que se alcanzará mediante los criterios de razonamiento común, a través de determinadas reglas científicas o técnicas, o, en términos tradicionales, conforme a las reglas de la «sana crítica». Si la infracción del derecho a la presunción de inocencia exige comprobar la concurrencia de material suficiente para justificar la convicción desde parámetros racionales y lógicos, frente a las alternativas que pudieran beneficiar al condenado ¿Existe alguna diferencia sustancial entre el llamado juicio lógico de inferencia y el contenido fundamental de la valoración judicial? Parece en principio que no mucha.

Salvo que pueda concluirse que valoración judicial de la prueba e inferencia lógica entre prueba y hecho son una misma cosa, de modo que la casación sería idéntica a una apelación cuando el condenado recurre con base en la infracción del derecho a la presunción de inocencia (81), podría decirse que la casación meramente tolera una revisión del estrato externo o de superficie. Se parte de un material: medios de prueba, hechos y conclusio-

La diferencia con la actividad de fijación de hechos por el juzgador de la instancia estriba en que éste parte de cero, construye desde el principio el relato de hechos sobre los que aplicar la ley penal y para ello ha de atender a todos los detalles mediante un juicio lógico de inferencia

nes; se pone en duda todo ello en el recurso y, por último, se valora si lo que ha decidido el juez es lógico tanto por lo que establece para condenar como lo que excluye para no absolver. Si es lógico, se mantiene sin más; en caso contrario, se estima el recurso con las consecuencias beneficiosas para el recurrente que procedan del resultado.

El juez en la instancia no parte de una situación determinada, sino de unos materiales probatorios desde los que «construir» un relato de hechos y aplicar el derecho penal sobre los mismos. Si con la infracción del derecho a la presunción de inocencia puede valorarse en casación la lógica de toda esta actividad, o bien no se entra a detalle —por tanto se realiza una valoración superficial— o de lo contrario lo que va a realizarse en casación es una nueva valoración de la prueba. En fin, me da la impresión de que la diferencia meramente radica en este aspecto y es sumamente endeble. No de otro modo puede afirmarse que es posible revisar la valoración salvo en lo que afecta a la intermediación, o que la revisión lo es respecto de la certeza objetiva, esto es, que desde la coherencia lógica se revisará la justificación de la conclusión partiendo de proposiciones indiscutiblemente correctas. La alternativa, por tanto, es doble: la revisión se realiza sin entrar en detalles, revisando panorámica y *grosso modo* la lógica de lo concluido y la menor lógica de lo excluido, o, de lo contrario, pocas o ninguna diferencia real habrá con la apelación.

En los medios de prueba distintos a los documentos, la revisión de la lógica de la inferencia debería permitir realizar ejercicios de comparación. En la testifical, por ejemplo, de un lado, entre lo declarado por un testigo tal y como consta en el acta o en el medio de reproducción del sonido y de la imagen por un lado; y, de otro, lo que se ha hecho constar en los hechos probados por el solo motivo de que lo dijo tal testigo. Más concretamente en el ejemplo, la comparación se realizaría si de una afirmación dada, como podría ser «*li vaig pegar quatre punyades*», se hace constar en la sentencia que el acusado reconoció que le pegó «cuatro puñaladas», lo que puede ser similar fonéticamente pero no desde luego lo mismo. En realidad,

aquí no se estaría valorando tanto la prueba sino constatando que no existe actividad probatoria que justifique, desde parámetros racionales y lógicos, la convicción plasmada en la sentencia considerando probado que reconoció los hechos. En el ejemplo se vería que no hay prueba alguna que permita sostener el reconocimiento de que apuñaló cuando lo que dijo en realidad es que le golpeó con el puño. En mi opinión, en el recurso de casación cabría entrar a valorar perfectamente esta cuestión y estimarla como vulneradora del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de prueba. Sin embargo, más complejidad se produce cuando entran en juego otras cuestiones.

Podría ocurrir que lo que conste en el acta (como ocurrió en el caso real del que he extraído el ejemplo) es que reconoció dar cuatro puñaladas si bien posteriormente en el juicio oral, asesorado por su ocurrente letrado, dijera que hubo un error de transcripción y que lo que realmente dijo, en su condición de valenciano hablante, fue que le dio «*quatre punyades*». Aparte de que el juzgador de la instancia habría de valorar ambas declaraciones y de que se pueda inclinar por cualquiera de ellas —generalmente por la afirmada inicialmente considerada de mayor fiabilidad—, se presenta como razonable y lógico concluir que no se produce tanto un error de transcripción como un «cuento» defensivo, máxime cuando la víctima apareció con cuatro agujeros en su estómago producidos por arma blanca poco después de la discusión con el acusado y poco antes de que, una vez detenido, reconociera según el acta policial haberle dado las cuatro «puñaladas» que en el juicio oral pasaron a ser «*punyades*». Aquí el juicio revisor en la casación habría de consistir en observar lo realizado en la instancia en su conjunto, dando un visto «bueno» desde parámetros de la racionalidad y de la lógica tanto a lo que se concluye en la sentencia (entre otras cosas que el autor de las cuatro puñaladas fue el recurrente) como a lo que se excluye (que no le dio solamente cuatro puñetazos).

La diferencia con la actividad de fijación de hechos por el juzgador de la instancia estriba en que éste parte de cero, construye desde el principio el relato de hechos sobre los que aplicar la ley penal y para

(78) Así lo matiza VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, cit., pág. 124.

(79) No sé si se refiere a esto DE URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, cit., pág. 79, cuando afirma sobre el papel de la casación desde la posibilidad de ser fundada en la infracción de preceptos constitucionales que se trata de un «control indirecto» o que «verifica un control nada formal, de la prueba de instancia, cuestión de ineludible examen a fin de verificar si se ha desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia».

(80) Además, como señala la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 3 de enero de 2008, Ponente: D. Luciano Varela Castro, «basta, eso sí, que tal justificación no se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad».

(81) A esto parece que apuntan algunos autores. Así por ejemplo, VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, cit., pág. 123, afirma, entre otras cosas, que «la fiscalización jurídica del juicio de hecho ha de ser plena y para conseguirlo es necesario empezar por exigir del tribunal sentenciador una exhaustiva motivación en materia de hechos, so pena de incurrir en un vicio de nulidad». También DE URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, cit., pág. 78 quien reconoce, aunque en sentido crítico y para intentar defender que se generalice la apelación, que «a pesar de la flexibilidad con que se produce la interpretación de sus requisitos legales, encuentra en la configuración actual del recurso, un valladar difícil de sortear para «revisar la prueba», y desde ésta, poder atacar las calificaciones jurídicas y restantes pronunciamientos de la decisión».

ello ha de atender a todos los detalles (dados por la inmediación) mediante un juicio lógico de inferencia. En la casación solamente se considera adecuado revisar en conjunto la lógica de las conclusiones que han conducido a la condena y de las exclusiones que hubieran conducido a la absolución y que se obtienen a partir de la prueba sin necesidad —ni posibilidad— de entrar en los detalles que solamente la inmediación permitiría (o la visualización de la correspondiente grabación —en mi opinión— si se quisiera) (82).

Lo anterior puede visualizarse con alguna claridad cuando las conclusiones se infieren de meros indicios. En este caso, no se revisará la fijación de los indicios sino meramente la consecuencias que de los mismos obtiene el juzgador de la instancia para su conclusión de condena. El Tribunal Constitucional (STC 137/2007), seguido por numerosas resoluciones posteriores del Tribunal Supremo, determina la necesidad de que «la conclusión inculpativa se obtenga por un proceso lógico del que pueda predicarse coherencia y suficiencia o carácter concluyente». Esto implicará en consecuencia descartar «las conclusiones incoherentes o inconsecuentes y aquellas que no sean concluyentes catalogando como tales las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, y aquellas en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada». Todo esto sin perjuicio de que se haga, en palabras del Tribunal Supremo (83), a partir de la STC 262/2006, partiendo de que «la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas».

(82) Para DE URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, cit., págs. 25-6, resultaría de particular interés «sacar todas las consecuencias a la implantación de las nuevas tecnologías de la documentación del juicio».

(83) Entre otras, STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 3 de enero de 2008, Ponente: D. Luciano Varela Castro.

(84) En palabras de la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 3 de enero de 2008, Ponente: D. Luciano Varela Castro, «el control casacional, acerca del respeto a la reiteradamente invocada garantía de presunción de inocencia, no autoriza a un desatajo del Tribunal de instancia por éste de casación para buscar nuevamente la certeza subjetiva sobre la corrección de la imputación. Más limitadamente, se circunscribe a sí, objetivamente, cabe establecer objeciones razonables a dicha corrección». También, aunque en términos solamente similares, la STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 5 de junio de 2008, Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

En fin, parece bastante claro, se entre *grosso modo* o más todavía a detalle, que la alegación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia a través del art. 852 LECrim implica, aunque solamente sea para el condenado (que es realmente el único beneficiario del derecho al recurso conforme al art. 14.5 PIDCP), ampliar en todo caso las posibilidades revisoras de los hechos en comparación con las permitidas pasando por el tamiz del art. 849.2 LEC, sobre todo atendida la interpretación estricta que como hemos visto se hace de «documento» (otra cosa bien distinta se plantearía si se entendiera como documento las distintas actas y soportes donde consta la prueba practicada). La ampliación más visible estriba en la posibilidad de que se verifique y constate la existencia física y jurídica de prueba distinta a la documental cuyos resultados permitan inferir conforme a la lógica y la razón el hecho considerado probado así como que las consecuencias deriven de un proceso lógico, coherente y concluyente, sin las conclusiones «excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, y aquellas en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada».

En su justa medida, supone una ampliación significativa al menos en cuanto autoriza a analizarse si cabe establecer objeciones razonables a la corrección de la imputación (84). Apertura y ampliación que opera con cierto efecto «sedante» —en mi opinión solo relativamente necesario— respecto de los males de imagen que ofrece la casación penal española en relación con los diversos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en las que estiman que no cumple con los parámetros del art. 14.5 PIDCP.

IV. CONTROL DE LOS HECHOS MEDIANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

Las posibilidades de modificación de los hechos a través del quebrantamiento de forma (infracción de ley procesal cometida en la realización de actos procesales) es claramente indirecto puesto que la estimación del motivo no implicará que se dicte nueva sentencia sino que se ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancia y termine con arreglo a derecho (art. 901 bis a) LECrim (85), lo que podrá implicar, en algunos casos, que al final sean modificados hechos.

Las vías de casación *in procedendo* están previstas en los arts. 850 y 851 LECrim, si bien mediante la alegación de infracción de precepto constitucional a través del art. 852 de la misma será posible igualmente poner de manifiesto errores de este tipo. La técnica de los dos primeros preceptos citados es la de enumerar una lista tasada de supuestos, cualquier otra posibilidad de infracción *in procedendo*, si es que realmente es posible fuera de la enumeración tasada, solamente tendría posibilidades de acceder a la casación a través del art. 852 LECrim, si bien para inmediatamente volver entrar al mismo «redil» del resto de causas *in procediendo* accesibles a través de los arts. 850 y 851 LECrim.

Como se adelantaba, todos los motivos concretos en los que fundar una infracción *in procedendo* implican atender a elementos fácticos, puesto que el propio devenir procedimental se integra por hechos en sentido amplio. Veámoslo en las diversas modalidades de infracción.

1. Quebrantamiento de forma en el juicio oral (art. 850 LECrim)

La posibilidad indirecta de modificación de los hechos de la resolución recurrida se constata en todos los supuestos de quebrantamiento de forma en el juicio oral del art. 850 LECrim. Producido éste en

(85) Entre las más recientes, STS (Sala 2.ª, Secc. 1), 30 de mayo de 2008, Ponente: D. Joaquín Delgado García.

relación con el principio de contradicción (básicamente por omisión de determinadas citaciones) y quizá con alguna menor incidencia a la indefensión derivada de la no suspensión en caso de incomparecencia de algún acusado, podrán suponer si es estimado, en cuanto que el órgano de la instancia terminará la causa «conforme a derecho», que se complete la actividad probatoria y, por esa vía, que se modifiquen los hechos.

Estas posibilidades modificadoras todavía se entienden mejor cuando el quebrantamiento en el juicio oral deriva de la improcedente denegación total o parcial de pruebas (art. 850.1.º, 3.º y 4.º LECrim). En efecto, se muestra con suficiente nitidez el potencial modificador de los hechos probados, aunque sea indirectamente tras la remisión, si es posible fundar el motivo «cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente»; por la denegación de pregunta a un testigo siendo pertinente y de manifiesta importancia en la causa; o por la denegación de pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio. En todos estos supuestos será necesario practicar el medio de prueba indebidamente denegado, completar el interrogatorio correspondiente. En este último caso, para la estimación se requiere que se trate de pregunta de manifiesta importancia «en la causa» cuando no «en el resultado del pleito». Parece que el potencial modificador del elemento fáctico es bastante claro, aunque siempre tras la remisión de la causa y producida por el órgano de la instancia.

2. Quebrantamiento de forma en la sentencia (art. 851 LECrim)

Se trata de infracciones no relativas al sentido del fallo sino a la forma de la resolución, del órgano que debe dictarla y de los límites en los que éste ha de resolver. Todas ellas permiten igualmente, si es estimado el motivo, que se dicte nueva resolución, en su caso, con modificación del material fáctico.

En efecto, parece que si los vicios de la motivación de la sentencia en cuanto a los hechos son fundamento del recurso de casación con base en el art. 851.1 y 2 LECrim, además implicar también vulneración de preceptos constitucionales (arts. 24.2 CE, 5.4 LOPJ y 852 LECrim), será perfectamente posible que, una vez estimado el recurso, se logre modificar el material fáctico.

Se producirá la falta de expresión clara y terminante de los hechos probados o la concurrencia de contradicciones entre los mismos, cuando, por recogerse hechos afirmados por las partes, contenidos en documentos o en declaraciones de sujetos de prueba, no se acotan algunos de ellos con la expresada declaración de considerarlos probados; cuando el mismo contenido de la declaración de hechos probados sea tan confuso que no pueda entenderse cuáles son los hechos que se afirman; o si en la proposición formal de hechos probados se deslizan proposiciones que revelan la no convicción del órgano jurisdiccional sobre un determinado extremo. Por su parte, se dará contradicción entre los hechos probados cuando éstos se niegan entre sí en orden a la consecuencia jurídica que se deduce, con significados incompatibles, irreconciliables y antitéticos. Siendo así, la resolución que estime producida esta falta de expresión clara y terminante de los hechos probados o la concurrencia de contradicciones entre los mismos, traerá sin dudas aparejado que por el órgano de la instancia se exprese con claridad o se eliminen contradic-

ciones, lo que implica ya modificación fáctica y, en su caso, que queden en evidencia posibles errores en la aplicación de la ley penal al haberse aplicado sobre unos hechos erróneos (86).

Ocurrirá lo mismo cuando la infracción sea por sustitución de la declaración del hecho probado por un concepto jurídico predeterminante del fallo, al menos para sustituir el concepto jurídico por el relato de hechos correspondiente (art. 851.1.º *in fine* LECrim). Infracción que se introdujo por Ley de 28 de junio de 1933 precisamente para evitar una práctica judicial viciosa que impedía el control de la correspondencia entre unos eventualmente inexistentes hechos probados con las calificación jurídica de los mismos y los correspondientes pronunciamientos, esto es, impedir que se obstaculice la actividad propia de la casación por infracción de ley, en la que ha de ser posible revisar la calificación de los hechos a los efectos de determinar la correcta aplicación de la norma. Y todavía con mayor nitidez cuando la infracción consista en la omisión de declaraciones de hechos probados en aquella sentencia absolutoria que se limita a expresar que no se han probado los alegados por la acusación (art. 851.2.º LECrim). Motivo que se introdujo por la misma Ley de 1933 con el plausible fin de evitar la falta de motivación en cuanto a los hechos y que, no obstante las duras críticas doctrinales que razonablemente ha recibido (87), en la actualidad se relaciona directamente con los arts. 120.3 CE y 248.3 LOPJ.

(86) GIMENO SENDRA, V., «La casación y el derecho a los recursos», cit., pág. 124, considera que debería constreñirse a que los Tribunales de Instancia plasmen en la declaración de hechos probados de la sentencia el razonamiento de la prueba o "iter" en el que el Tribunal se ha basado para obtener su convicción. Se daría así cumplida respuesta al deber de motivar las sentencias; permite apreciar si se ha producido o no una vulneración de la presunción de inocencia; cumplir con el principio de proporcionalidad; y satisfacer el derecho de todo ciudadano a que se le expliquen las razones de su privación de libertad. Igualmente, considera que debería reformarse el art. 743, de modo que el Secretario fuera exhaustivo en su labor de hacer constar en el acta la totalidad de la ejecución de la prueba. En mi opinión, esto último no resultaría realmente necesario en la actualidad, al menos cuando las vistas y audiencias fueran debidamente grabadas en soportes de reproducción del sonido y de la imagen.

(87) Considera GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, (con HERCE), cit. pág. 288 que la norma es errónea pues, dado que la libre valoración de la prueba no exime de la motivación, debería haber exigido que la sentencia expresara, bien las razones por las cuales no pudiesen considerarse probados los hechos alegados por las acusaciones, o bien —habiéndose sido probados— en virtud de qué otros hechos no pudiesen considerarse los primeros como punibles. Por su parte, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN), cit., págs. 376-7, opina que si el legislador buscaba que la sentencia, en este caso, no quedara inmotivada, hubiera tenido que disponer que el juzgador expresara por qué la prueba no le convenció. En realidad, la norma solamente tendría algún sentido cuando, siendo la sentencia absolutoria, los hechos se hubieran probado total o parcialmente.



Más difícil es que se obtenga una modificación fáctica cuando la infracción consista en la falta de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa (art. 851.3 y 4 LECrim), esto es, cuando el pronunciamiento no se corresponda con todo y nada más que con lo pedido y alegado, por tanto, sea por defecto u omisión de pronunciamiento, sea por exceso. En este caso, podrá lograrse el pronunciamiento sobre unos hechos desatendidos pero concurrentes, o su exclusión por no haberse pedido o alegado. Y algo similar ocurrirá cuando se trate de vicios en la composición del órgano jurisdiccional o en la formación de su voluntad (art. 851.5 y 6 LECrim), porque la sentencia se haya dictada por menor número de magistrados de los exigidos por la ley (art. 851.5.º), haya concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación se intentó de forma admisible, siendo erróneamente desestimada (art. 851.6.º); o cuando no concorra el número de votos necesarios para adoptar la sentencia (art. 851.5.º *in fine*). Así y todo, solo cabría la posibilidad de que se modifique tanto el sentido de la resolución como su substrato fáctico cuando consecuencia de la integración y nueva decisión de un eventual nuevo magistrado se altere el resultado de la votación.

V. DOS PINCELADAS SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMA DE LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA, A MODO DE CONCLUSIÓN

El recurso de casación penal español es como lo configura la Ley Procesal Penal, dentro del contexto legislativo y constitucional del ordenamiento jurídico, y tal y como lo viene interpretando la jurisprudencia. Esta última, a veces, atiende a una doctrina que lo estudia no solamente como lo que es conforme al derecho positivo, solo o en relación con el derecho comparado, sino también con lo que fue en el pasado y debería ser en el futuro. Y lo que es en la actualidad, en una imagen tan literariamente provocadora como efi-

(88) Aunque sin duda sea mejorable, en absoluto comparto que la casación sea insuficiente. Para algunos argumentos de la posición doctrinal —o doctrinaria— más bien, sobre la insuficiencia de la casación, valga como ejemplo las consideraciones de DE URBANO CASTRILLO, E., *La nueva casación penal*, cit., págs. 77 y ss.

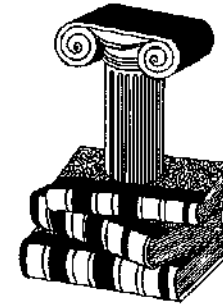
caz por gráfica, es que el recurso de casación penal español es como una especie de delincuente reincidente, en la actualidad rehabilitado a base de mucho esfuerzo interpretativo, al que pesan excesivamente sus antecedentes formalistas y restrictivos en la admisión y alcance de la casación penal. Por eso que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas lo ha puesto en tela de juicio sin percatarse todavía de su rehabilitación, que se ha producido a través de la admisión de la infracción de precepto constitucional y sus consecuencias. La flexibilización y amplitud de su ámbito ha sido fruto de la eficacia normativa de ciertos preceptos constitucionales, sobre todo el art. 24 CE, y a través del embudo del art. 5.4 LOPJ primero, en compañía actualmente del art. 852 LECrim. Y todo ello al margen de la eficacia y valor no jurisdiccional, vinculante ni auténtico de los dictámenes del citado Comité de Derechos Humanos, ni del alcance —en mi opinión sobredimensionado por algunos— de las exigencias que derivan del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Posiblemente por la permanencia en la conciencia social de cómo se comportó en sus épocas poco dadas a la revisión del material fáctico, sin comprender que se trata de un recurso rehabilitado, algunos quieren cancelar definitivamente los antecedentes de la casación penal sustituyéndola por la apelación. Si entramos en el plano de las conveniencias, nada tengo que decir. El recurso de apelación sin duda ofrece mayores posibilidades de revisión del juicio (ahora sí, a favor de todas las partes y no solamente para la condenada) y, por lo tanto, que la revisión de la condena —y de la absolución— pueda alcanzar mayores niveles de calidad. Ahora bien, esto no será porque la casación no cumple con las exigencias del citado art. 14.5 PIDCP (88), sino más bien por una cuestión estética o de imagen, por cierto, tan en boga siempre y sobre todo en los últimos tiempos. Ciertamente es que resulta llamativo que frente a sentencias condenatorias a privación más o menos reducidas (hasta cinco años actualmente), sea admisible apelación; y ante condenas mayores,

solamente casación. Pero no ha de olvidarse que en el primer caso ha resuelto un solo juzgador, en principio con menor preparación y experiencia; y en el segundo, un colegio de magistrados con más experiencia y tras un debate y votación. En teoría al menos, las posibilidades de error en el segundo caso son menores, lo que puede explicar que sus decisiones se sometan a una «revisión» extraordinaria por más limitada. De hecho, cuando el Tribunal Supremo conoce con competencia objetiva, frente a sus decisiones no cabe recurso ordinario alguno, a lo sumo la vía de acceso al amparo constitucional. Y no parece muy serio sostener que los aforados sufren déficits de garantías procesales ni que en tales casos se vulnere el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El recurso de casación penal español cumple actualmente las exigencias del citado Pacto Internacional. Si se quiere generalizar la «doble instancia», como se ha apun-

tado en algún proyecto de ley, me parece bien. La profundización en las garantías, como en general el desarrollo de servicios sociales, sin duda suponen un avance y una mejora en la calidad de vida de las personas. Incluso creo que no está de más realizar esfuerzos para cuidar la propia imagen. Todo ello, por supuesto, siempre que sus ventajas se vean compensadas atendidos unos costos asumibles. Pero que quede bien claro que se trata a lo sumo de mera conveniencia, no de ninguna suerte de necesidad. Con la casación penal española, aunque sea justamente, podríamos tener suficiente. Lo contrario sería tanto como decir que el sistema de recursos penales españoles sufre déficits de constitucionalidad en relación con normas internacionales que nos vinculan, lo que me parece exagerado e incierto si comprobamos como el recurso de casación se encuentra bien rehabilitado y perfectamente integrado en nuestro ordenamiento jurídico gracias al amparo del derecho a la presunción de inocencia.



Recurso de Casación Penal

En el momento en que se debate la reforma del recurso de casación penal, resulta relevante analizar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado las normas que lo disciplinan, en el Título II del Libro V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 847 a 906 —con muchos derogados—), porque este Alto Tribunal se ha esforzado en adecuarlas a las exigencias garantistas derivadas de la Constitución de 1978.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Derecho a la doble instancia
Admisibilidad contra autos de sobreseimiento
Unificación de doctrina en materia penitenciaria
Infracción de ley
Error de hecho en la apreciación de la prueba
Quebrantamiento de forma

DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

1.— La cuestión sobre si, tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000, puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple con las exigencias declaradas en el art. 14.5 del PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal superior, ya ha sido resuelta afirmativamente por el TC en Sentencias, entre otras, de 3 abril 2002, f. 7, 28 abril 2003, f. 2, 2 junio 2003, f. 2, y 123/2005, f. 6, y por el TS (408/2004, de 24 marzo, 121/2006, de 7 febrero, 741/2007, de 27 julio, y 893/2007, de 31 octubre, 918/2007, de 16-11, entre las más recientes. En efecto, como recuerda la STS 1074/2005, de 27 septiembre, con cita de la STS 2047/2002, de 10 diciembre, «si bien el Dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU el 20 de julio del año 2000 en el caso «Cesáreo Gómez» ha apreciado en un determinado recurso la vulneración del derecho reconocido en el art. 14. 5.º del Pacto, esta resolución se refiere a un caso específico, no generalizable, y lo cierto es que en la escuetísima fundamentación de fondo de la resolución dictada no se entró realmente a valorar las

características actuales del recurso de casación penal español tal y como funciona en la realidad jurisdiccional. Ha de tenerse en cuenta que el referido Dictamen del Comité se limita, en cuanto a la cuestión de fondo, a señalar (parágrafo 11.1) que «de la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisadas íntegramente». Si acudimos al parágrafo 8.6 para conocer cuál fue la información proporcionada por la representación procesal del Estado Parte, se aprecia que, según el Comité, «el Estado Parte aduce... que el recurso de casación español satisface plenamente las exigencias de la segunda instancia aunque no permita revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia Ley señala». Ello nos permite deducir que la información proporcionada al Comité sobre nuestro recurso de casación penal se limitaba a explicitar las limitadas posibilidades de revisión fáctica reconocidas en la Ley (error de hecho fundado en documento auténtico, art. 849. 2.º de la LECrim.), pero no las posibilidades de revisión fáctica mucho más amplias abiertas por la Constitución (presunción de inocencia, interdicción de la arbitrariedad, exigencia de motivación), la jurisprudencia constitucional y la prácti-