

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Els recursos en el procés penal

Apunts per a la docència del dret processal penal

José Bonet Navarro

Professor titular de Dret Processal

jbonet@uv.es

ÍNDIX

I. Els mitjans d'impugnació	7
1. Concepte i classes	7
A) Concepte	7
B) Classes	8
a) La fermesa o no de la resolució impugnada	8
b) El caràcter no devolutiu del recurs	9
c) L'amplitud del recurs	9
d) La tipologia de la resolució impugnada	9
2. El dret al recurs en el procés penal	10
A) Dret al recurs: significat i límits	10
B) Dret al recurs i el debat sobre la segona instància	11
3. Requisits	14
A) Competència	14
B) Requisits subjectius	15
C) Caràcter impugnable de la resolució	17
D) Termini legal	18
4. Efectes	19
A) Efecte impeditiu de la fermesa	19
B) Efecte extensiu	20
C) Efecte devolutiu	20
D) Efecte suspensiu	21
II. Mitjans d'impugnació no devolutius	22
1. Reforma	22
A) Resolucions impugnables segons el tipus de procediment	22
a) Procediment ordinari	22
b) Procediment abreuja	23
c) Especialitats en els judicis ràpids	23
d) Judici de faltes	24
e) Procediment en cas de competència del tribunal del jurat	24
f) Procés penal de menors	24
g) Execució de penes i de mesures de seguretat	25
B) Efectes	25
C) Procediment	25
2. Súplica	26
III. Recursos de queixa	27
1. Concepte i classes	27
2. Recurs de queixa per inadmissió o manca de preparació d'un altre recurs	27
A) Recurs de queixa contra la interlocutòria d'inadmissió de l'apel·lació (o de la queixa que la substituïska)	28
a) En el procediment ordinari	28
b) En el procediment abreuja	29
c) En el judici de faltes	29

d) En el procediment en cas de competència del tribunal del jurat	30
e) En el procés penal de menors	30
f) En execució de penes i de mesures de seguretat, així com en règim penitenciari	30
2. Recurs de queixa contra la interlocutòria de no tenir per preparada cassació	31
3. Recurs de queixa substitutiu del recurs d'apel·lació	32
4. Recurs de queixa no sotmès a termini	33
IV. Recurs d'apel·lació	33
1. Concepte i classes	33
2. Apel·lació de resolucions no de fons	34
A) Procediment ordinari	34
a) Interposició i admissió del recurs	35
b) Citació a termini i instrucció de les parts	35
c) Vista	36
d) Resolució	36
B) Procediment abreujat	37
C) Especialitats per als judicis ràpids	38
D) Procediment de menors	38
E) Procés del tribunal del jurat	39
3. Apel·lació de certes sentències	39
A) Apel·lació de sentències dictades pels jutges penals –o centrals penals– en el procediment abreujat	40
a) Interposició	40
b) Admissió i possible efecte suspensiu	41
c) Citació a termini i instrucció de les parts per a oposició i/o impugnació	41
d) Prova en la segona instància	42
e) Vista	43
f) Resolució mitjançant sentència	43
B) Especialitats en l'apel·lació de sentències dictades pels jutges penals en els anomenats «judicis ràpids»	43
C) Apel·lació de sentències dictades pels jutges de pau o d'instrucció en processos per faltes	44
D) Apel·lació de sentències i interlocutòries dictades en el procés davant el tribunal del jurat	44
V. El recurs de cassació	46
1. Qüestions generals	46
A) Origen i formació del recurs de cassació penal actual	46
B) Concepte de cassació: caràcter extraordinari, àmbit limitat i tendència a la flexibilització	47
II. Resolucions recurribles	51
A) Sentències	51
B) Interlocutòries	52
III. Motius de cassació per interès de llei	56
A) Infracció de llei segons l'article 849.1 de la Llei d'enjudiciament criminal	56
B) Infracció de llei segons l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal	59
C) La infracció del dret a la presumpció d'innocència com a motiu de cassació	61
IV. Motius de cassació per trencament de forma	62
A) Trencament de forma en el judici oral (article 850 de la Llei d'enjudiciament criminal)	63
a) Per infracció del principi de contradicció (article 850.2 de la Llei d'enjudiciament criminal)	63

b) Per denegació improcedent d'alguna diligència de prova o de certes preguntes (article 850, 1, 3 i 4 de la Llei d'enjudiciament criminal)	64
c) Per no-suspensió en cas d'incompareixença d'algun acusat (article 850.5 de la Llei d'enjudiciament criminal)	66
B) Trencament de forma en la sentència	67
a) Vicis de la motivació de la sentència pel que fa als fets (article 851.1 i 2).....	68
b) Manca de correlació de la sentència amb l'acusació i la defensa (article 851.3 i 4).....	73
c) Vicis en la composició de l'òrgan jurisdiccional i en la formació de la seua voluntat (article 851.5 i 6)	75
V. Procediment.....	77
A) Fase de preparació i control d'admissió	77
a) Escrit: forma i termini	77
b) Resolució tenint per preparat o no el recurs	78
B) Fase d'interposició	78
C) Fase de substanciació	79
a) Providència pel Tribunal Suprem	80
b) Instrucció del recurs	80
c) Impugnació i sol·licitud de vista	80
d) Decisió sobre admissió o inadmissió.....	80
D) Fase de decisió	81
a) Vista	81
b) Decisió mitjançant sentència.....	82
VI. L'anomenada cassació penal per infracció de precepte constitucional.....	83
a) Resolucions recurribles	84
b) Legitimació per a recórrer	84
c) Motius d'impugnació	85
d) Admissió del recurs.....	86
e) Efectes de l'estimació.....	86

I. ELS MITJANS D'IMPUGNACIÓ

1. CONCEPTE I CLASSES

A) Concepte

La condició humana del jutge, o dels magistrats que integren un òrgan col·legiat, com també la mateixa activitat d'enjudiciar i jutjar, generalment complexa, pressuposen la producció d'errors en les resolucions judicials que, al seu torn, generen insatisfacció subjectiva a la part perjudicada. Històricament s'ha constatat que açò no és una mera hipòtesi, sinó una realitat relativament freqüent.

L'any 2000, per exemple, la sala penal del Tribunal Suprem va dictar 2.060 sentències de resolució de recursos: 607 d'estimatòries, és a dir, quasi un 30 %. D'altra banda, les seccions penals de les audiències provincials espanyoles van dictar 14.110 sentències de resolució de recursos d'apel·lació en processos per delictes: 3.079 de revocatòries i 66 d'anul·lació, un poc més del 22 %. Aquestes mateixes seccions van dictar, en judicis de faltes, 14.080 sentències: 3.815 de revocatòries i 427 d'anul·lació, un poc més del 30%.

Com a mètode idoni per a esmenar els errors produïts i pal·liar les insatisfaccions, el legislador tradicionalment ha posat en mans de les parts la possibilitat d'impugnar. Els mitjans d'impugnació no són més que els instruments de les parts per a provocar, si són estimats, la reforma, l'anul·lació o la declaració de nul·litat de la resolució davant la qual es formula la impugnació. Al mateix temps, com passa amb els recursos devolutius, atribuint el seu coneixement a òrgans jurisdiccionals de grau superior, s'aconsegueix un objectiu que transcendeix el simple interès de les parts: la unificació de la jurisprudència en alguns casos (cassació) o, almenys, una certa unificació de criteris per part de les audiències (apel·lació, queixa).

En els mitjans d'impugnació han de concórrer dos requisits bàsics:

1r Que la seua instrumentació corresponga a les parts

No són mitjans d'impugnació altres mètodes d'esmena d'errors ni d'imperficcions tècniques en les resolucions articulats *ex officio*.

Així, per exemple, no ho és que el Tribunal Suprem pugui ordenar d'ofici que el jutge o tribunal s'abstinga de tot procediment i remeta les actuacions si coneix

d'assumpte reservat a aquell (article 21 de la Llei d'enjudiciament criminal); que es pugui d'ofici aclarir algun concepte fosc, suplir qualsevol omissió o rectificar alguna equivocació important (article 161 de la Llei d'enjudiciament criminal); que el jutge o tribunal pugui remetre d'ofici recordatori al jutge suplicat quan es demore el compliment d'un suplicatori més temps del que és necessari (article 192 de la Llei d'enjudiciament criminal); el jutge o tribunal podrà acordar d'ofici la llibertat o la modificació de la llibertat provisional en termes més favorables al sotmès a la mesura (article 539 de la Llei d'enjudiciament criminal). Així mateix, és possible que igualment d'ofici s'adopti la nul·litat d'actes judicials (articles 238, 239 i 240.2 de la Llei orgànica del poder judicial). Fins i tot és possible el control *ope legis* d'una mateixa resolució per l'òrgan jurisdiccional superior, com és el cas de la interlocutòria de conclusió del sumari (articles 622 i 630 de la Llei d'enjudiciament criminal).

2n Que s'orienten a provocar la reforma, anul·lació o declaració de nul·litat de resolucions judicials

Resulta incorrecta la terminologia habitualment utilitzada en els jutjats i tribunals per la qual s'anomena «impugnació» l'oposició als actes de contrari. Possiblement a aquest error hi ha contribuït el text de l'anterior article 795.4 de la Llei d'enjudiciament criminal, que al·ludia als «escrits d'impugnació o adhesió». Actualment, l'article 790.5 de la Llei d'enjudiciament criminal es refereix senzillament a «escrits d'al·legacions de les altres parts».

B) Classes

Els mitjans d'impugnació es classifiquen atenent diversos criteris. Entre els més importants hi ha la fermesa o no de la resolució impugnada, l'efecte devolutiu o no del recurs i el caràcter unipersonal o col·legiat de l'òrgan jurisdiccional que va dictar la resolució, la seua competència objectiva, o l'àmbit limitat de coneixement que permet.

a) La fermesa o no de la resolució impugnada

Els mitjans d'impugnació es classifiquen en processos autònoms o en recursos. Davant les resolucions fermes només es poden interposar mitjans d'impugnació autònoms, com l'anul·lació (article 793.2 de la Llei d'enjudiciament criminal) i la revisió (articles 954 a 961). Davant les resolucions no fermes es poden interposar els recursos que seran objecte d'aquest capítol i també del capítol següent.

Així mateix, ocasionalment, es preveu l'articulació d'incidents d'oposició contra una resolució judicial, generalment per a reparar la falta d'audiència prèvia d'alguna

part (entre altres, articles 616 i següents de la Llei d'enjudiciament criminal en matèria de responsabilitat civil de terceres persones). En canvi, els recursos es preveuen a fi que una qüestió siga examinada i resolta més d'una vegada. D'aquesta manera, els recursos en el procés penal espanyol són els de reforma, súplica, apel·lació, queixa i cassació.

b) El caràcter no devolutiu del recurs

Una part de la doctrina l'anomena «remei» quan l'òrgan jurisdiccional que va dictar la resolució impugnada és competent per a resoldre'l. En tot cas, si el coneix un òrgan unipersonal s'anomena «reforma»; i «súplica» si és col·legiat.

c) L'amplitud del recurs

Determinada per les limitacions en les resolucions recurribles i/o en els motius del recurs, els recursos poden ser ordinaris o extraordinaris. Tots són ordinaris excepte la cassació, que és extraordinari (també l'apel·lació davant sentència dictada en el procés per jurat, ja que els seus motius queden limitats en els termes de l'article 846 *bis c* de la Llei d'enjudiciament criminal).

Una de les modalitats de recurs de queixa –la que es preveu davant la resolució d'inadmissió d'un recurs– té perfectament definit el seu àmbit: obtenir un pronunciament d'admissió davant la resolució que la denega. Per aquest motiu, de vegades arriba a afirmar-se que es tracta d'un recurs extraordinari o bé d'un de merament instrumental.

d) La tipologia de la resolució impugnada

L'òrgan jurisdiccional que va dictar la resolució impugnada, i fins el tipus de procediment, determinen igualment la naturalesa del recurs. Davant les resolucions no de fons són possibles la reforma, la súplica, l'apel·lació i la queixa; davant les sentències, l'apel·lació i la cassació, dos últims recursos que posaran fi al procés (articles 792.3, 904 i 977 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Finalment, atenent l'òrgan que va dictar la resolució en primera instància en cada una de les modalitats de procediment, són possibles les especialitats procedimentals en els recursos, tal com veurem en estudiar cada un d'aquests.

2. EL DRET AL RECURS EN EL PROCÉS PENAL

A) Dret al recurs: significat i límits

Per raons de política legislativa, partint de la constatació d'eventuals errors en les resolucions, en tots els ordres jurisdiccionals hi ha la possibilitat de formular recursos. Però en el procés penal, al contrari del que passa en la resta d'ordres, el condemnat també té dret a la configuració d'un sistema de recursos en virtut dels articles 10.2 i 24.1 de la Constitució espanyola i 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics de 1966 (sentència del Tribunal Constitucional 7/1986, de 21 de gener).

El dret al recurs s'inclou amb caràcter general en la tutela judicial efectiva de l'ordre penal. Si bé, una vegada establert un sistema de recursos, amb independència de l'ordre de què es tracte, en els termes i amb els requisits legals, passa a integrar el dret a la tutela judicial efectiva formant part del seu contingut o com una de les garanties del procés (article 24.1 i 2 de la Constitució espanyola, respectivament). Ara bé, sense perjudici de la conveniència de política legislativa, el sistema de recursos podria ser hipotèticament derogat i no substituït en qualsevol ordre excepte en el penal. En aquest, el dret al recurs comporta la provisió de recursos pel legislador i, conseqüentment, el dret d'accés a aquest. No obstant això, cal tenir en compte:

1r Només correspon al condemnat davant la sentència que el condemna (sentència del Tribunal Constitucional 33/1989, de 13 de febrer). Si bé podria ampliar-se a aquells que, tot i haver estat formalment absolts, per exemple per prescripció o indult, se'ls ha considerat autors dels fets.

2n Correspon al legislador determinar l'admissibilitat del recurs i la seua amplitud, ja que no hi ha dret fonamental a una classe determinada de recurs. Són possibles condicions formals d'admissibilitat (sentències del Tribunal Constitucional 157/1989, de 5 d'octubre i 128/1991, i de 6 de juny); així com limitacions en les resolucions recurribles, sense que hagen de ser-ho totes (sentència del Tribunal Constitucional 41/1992, de 30 de març). La impossibilitat orgànica de donar accés a un tribunal superior, com passa en els supòsits de competència objectiva de la sala segona del Tribunal Suprem, no implicarà necessàriament lesió del dret al recurs, ja que és compensat per les garanties inherents a l'enjudiciament pel Tribunal Suprem.

Aquesta llibertat de configuració del recurs es troba limitada per la proscripció de l'arbitrarietat en el seu establiment (sentència del Tribunal Constitucional 110/1985, de 8 d'octubre) i també pel condicionant de no establir requisits contraris a la Constitució.

Igualment, en tot cas, els motius d'inadmissió dels recursos han de ser interpretats i aplicats sense formalismes enervants (sentència del Tribunal Constitucional, 102/1986, de 16 de juliol). La interpretació i aplicació del jutge o magistrat sobre la regulació del recurs ha de ser la més favorable a l'admissió.

La interpretació més favorable al recurs queda limitada igualment en aquells casos en què les diverses interpretacions possibles determinen totes elles l'admissió, ja que la balança constitucional no es pot inclinar en cap sentit per optar entre dues solucions raonables, sense interferir en el nucli de la potestat de jutjar amb independència de criteri, com predica la Constitució (sentència del Tribunal Constitucional 211/1996, de 17 de desembre).

3r Conseqüentment, la resolució que rebutge el recurs, quan es base en una causa legalment establerta, correctament interpretada i sense incórrer en error patent, no vulnera el dret al recurs (interlocutòria del Tribunal Constitucional 262/1995, de 27 de setembre).

B) Dret al recurs i el debat sobre la segona instància

Una qüestió relacionada amb el dret al recurs és si cal establir un sistema de doble instància en el procés penal. El debat surt del text de l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics, pel qual tota persona declarada culpable d'un delictes té dret que la sentència condemnatòria i la pena que se li haja imposat siguin sotmeses a un tribunal superior, d'acord amb allò que ha prescrit la llei.

En aquest sentit, les diferents posicions doctrinals són bàsicament:

- Considerar que cal instaurar un règim de segona instància –apel·lació– també per al coneixement de delictes greus.

- Mostrar-se a favor de la instància única en tot cas.

- Posar de manifest que no es justifica l'actual règim dispar d'impugnació: doble instància per a faltes i procediment abreuja't quan la competència objectiva siga atribuïda als jutjats penal o centrals penal; instància única per a l'ordinari per delictes i l'abreuja't quan la competència objectiva siga atribuïda a les audiències. Per això, el règim de recursos s'hauria d'equiparar en tots els casos.

- Considerar que, per les restriccions de l'apel·lació i les ampliacions de la cassació, el règim de recursos és substancialment equivalent, de manera que no cal reformar-lo.

El Tribunal Constitucional ha considerat que amb l'actual sistema de recursos se satisfà el dret al recurs, però no la doble instància (interlocutòria del Tribunal Constitucional 330/1989, de 19 de juny). Si bé no faltaven opinions segons les quals l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics no se satisfarà amb un recurs que pugui tenir un caràcter extraordinari ni emparar-se en uns motius taxats, en especial pel que fa als fets provats, com en el cas del nostre recurs de cassació penal (CHAMORRO). No obstant això, es poden aportar almenys tres arguments a favor que el dret al recurs no comporta la necessitat d'establir una doble instància:

1r El sistema de recursos, bàsicament, imposa més limitacions en funció del superior ordre jeràrquic de l'òrgan jurisdiccional que dicta la resolució. Fins al punt que quan coneix el Tribunal Suprem amb competència objectiva no es permet cap recurs, ateses les garanties que implica l'enjudiciament per aquest tribunal. De la mateixa manera, cal justificar que pugui ser més limitat el recurs davant les resolucions dels òrgans col·legiats respecte als procedents davant les resolucions dictades per òrgans unipersonals, per les majors garanties que implica l'enjudiciament pels primers.

2n Una doble instància vertadera no és possible en cap cas, ja que ni tan sols l'apel·lació la permet, almenys perquè són apel·lables resolucions no de fons i és limitada la seua eficàcia pràctica per al control fàctic i de valoració de la prova en la resolució apel·lada.

3r Quan coneix el Tribunal Suprem de la cassació, s'atribueix l'assumpte a un tribunal superior, com imposa l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics, de manera que es compleixen les exigències del dret al recurs imposades internacionalment (VIVES i sentència del Tribunal Constitucional 47/1986, de 21 d'abril), encara que no es produeix de cap manera doble grau de jurisdicció, no exigeix per l'esmentat article 14.5 (sentència del Tribunal Constitucional 37/1988, de 3 de març).

Així el debat, conseqüència de la comunicació 701/1996 a instàncies d'un particular, Cesari G. V., el Comitè de Drets Humans de Nacions Unides, en dictamen de 20 de juliol de 2000, va qüestionar la validesa teòrica del recurs de cassació penal espanyol. Indica que la inexistència de la possibilitat que la sentència condemnatòria i la pena de l'autor siguin revisades íntegrament [...] i que aquesta revisió es limite als aspectes formals o legals de la sentència, no compleix les garanties que exigeix el paràgraf 5, article 14, del Pacte.

En vista d'aquest dictamen, la polèmica doctrinal sobre la doble instància es va tornar a reproduir centrada en si la «revisió» a què es refereix el Pacte Internacional de Drets civils i Polítics ha de ser íntegra o n'hi ha prou que siga limitada.

Reunida la sala segona en ple no jurisdiccional, de 13 de setembre de 2000, va acordar que el recurs de cassació espanyol ja constitueix un recurs efectiu en el sentit de l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics. La interlocutòria del Tribunal Suprem de 14 de desembre de 2001 no va accedir a la nul·litat de la condemna o del judici al qual es referia el dictamen citat. Aquesta interlocutòria argumenta que el dret a revisió es regeix per les lleis de l'Estat i que pot haver-hi excepcions. Aquest article atorga als Estats signataris del Conveni Europeu de Drets Humans un ampli marge de configuració del recurs. El Tribunal Constitucional ha declarat reiteradament que el recurs de cassació compleix l'exigència de l'article 14.5 del Pacte, norma del Pacte que no dóna dret a recursos que no es troben reconeguts en la nostra legislació. Una conseqüència d'aquesta exigència d'admetre la interpretació més favorable al ciutadà ha estat la transformació de la nostra jurisprudència, que ha ampliat extraordinàriament la cassació respecte a les seues limitacions tradicionals que reconeixia el Tribunal Suprem abans de l'entrada en vigor de la Constitució. El judici sobre la prova pot ser corregit en cassació quan el tribunal dels fets s'aparte de les regles de la lògica, de les màximes de l'experiència o dels coneixements científics.

La sentència del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 d'abril, ratifica l'anterior. Recorda que les competències del Comitè habiliten exclusivament per rebre i examinar comunicacions; els seus dictàmens no són resolucions judicials i no poden constituir la interpretació autèntica del Pacte. D'acord amb la resolució del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 30 de maig de 2000, els Estats que en formen part conserven la facultat de decidir les modalitats d'exercici del dret de reexamen i poden restringir-ne l'extensió... per això, es limita a un cas concret. Les disposicions no han de consistir necessàriament en una reforma legislativa, sinó que basta amb una interpretació correcta. I conclou assenyalant que hi ha una assimilació funcional entre el recurs de cassació i el dret a la revisió de la declaració de culpabilitat i la pena declarat en l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics, sempre que es faça una interpretació àmplia de les possibilitats de revisió en seu del recurs de cassació i el dret reconegut en el Pacte no siga interpretat com el dret a una segona instància amb repetició íntegra del judici realitzat en primera instància, revisant la correcta aplicació de les regles que han permès la declaració de culpabilitat i la imposició de la pena, en el cas concret.

El Tribunal Suprem continua mantenint fins avui que ni el Pacte de Nova York, Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, ni el Conveni Europeu de Drets Humans,

requereixen la realització d'un nou judici amb repetició de prova (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 29 de novembre de 2001); la possibilitat de l'accés a la doble instància és determinada per les característiques de les lleis procedimentals de cada país i encara que aquesta revisió haja de tenir el màxim abast, no es pot excloure la possibilitat que hi haja altres vies d'impugnació de sentències condemnatòries, sempre que es faça a través d'un tribunal superior que tinga la possibilitat d'anul·lar les resolucions de l'inferior (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 19 de novembre de 2001); aquesta conclusió no queda enervada pel fet que en un cas concret, el que es preveu en el dictamen del Comitè de l'ONU de 20 de juliol de 2000, referent a una sentència d'una audiència i a un recurs de cassació, l'organisme internacional pugua haver apreciat l'incompliment de les exigències de l'apartat 5 de l'article 14 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 19 de desembre de 1996 (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 23 de juliol de 2001).

Caldrà distingir, amb tot, l'exigència continguda en l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, que es pot entendre complerta en el sistema actual de recursos penals, i la conveniència, de política legislativa, que pugua aconsellar que el sistema es caracteritze per una via comuna de recurs; que s'acoste tant com es pugua a la segona instància a través de l'ampliació de l'apel·lació, clarament superior pel que fa a la qualitat revisora; o que es generalitze la cassació, per afavorir així la uniformitat jurisprudencial.

3. REQUISITS

Bona part dels requisits d'admissibilitat són específics de cada recurs, si bé podem trobar notes comunes en tots ells:

A) Competència

Coneixerà del recurs l'òrgan funcionalment competent. En els recursos no devolutius, l'òrgan que va dictar la resolució impugnada; en els devolutius, l'òrgan superior en grau.

D'acord amb l'article 248.4 de la Llei orgànica del poder judicial, a l'hora de notificar la resolució a les parts cal indicar: els recursos que siguen procedents, l'òrgan davant el qual cal interposar-los i el termini fixat (article 793.1 de la Llei d'enjudiciament criminal en cas que haja estat dictada la resolució en absència). No obstant això, aquesta instrucció no forma part del *decisum* de la resolució, de manera que l'omissió o els errors en aquesta no implicaran denegar el dret al recurs quan

l'actitud diligent de la persona interessada li permetia salvar els defectes (sentència del Tribunal Constitucional 128/1998, de 16 juny).

B) Requisites subjectius

La Llei d'enjudiciament criminal no es mostra sistemàtica a l'hora d'imposar requisits subjectius per a instar recursos. Els pressupòsits de capacitat per a ser part i d'actuació processal són els generals; la postulació s'exigirà d'acord amb els pressupòsits propis del procediment en què s'interposa el recurs. No es considera norma general sobre legitimació, sinó només per a la cassació (a banda de l'article 955 de la Llei d'enjudiciament criminal referit a la «revisió») en l'article 854 de la Llei d'enjudiciament criminal. Segons aquest, hi estan legitimats el Ministeri Fiscal, els qui hagen estat part en els judicis criminals, els qui en tot cas resulten condemnats en la sentència, i els hereus dels uns i dels altres. Els actors civils només podran interposar el recurs si poden afectar les restitucions, reparacions i indemnitzacions que hagen reclamat. Aquest precepte, però, pot estendre per analogia l'aplicació als recursos contra sentències, com a mínim (ORTELLS).

No es considera expressament el pressupòsit de gravamen com a requisit addicional a la legitimació, però la doctrina i la jurisprudència l'exigeix perquè és doctrina reiterada i pacífica, principi general i jurídicament elemental (interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, 28 de setembre de 1982).

Només la part a la qual una resolució judicial siga desfavorable pot experimentar el necessari gravamen o perjudici que la legitima per a provocar l'obertura d'una nova fase processal mitjançant l'ús dels recursos o mitjans d'impugnació establerts per les lleis processals. Principi ja sancionat des de temps antic per les «sàvies» lleis de Partides, que condicionaven el dret a recórrer *«a quien se tuviera por agraviado en juicio que fuese dado contra él»*. I que ja fou proclamat en diverses sentències (12-2-1981, 20 de setembre, 29 d'octubre i 22 de novembre 1982 i en les més recents 11-10-1990 i 5-3-1992) (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 22 de maig de 1993). I més recentment, el mateix Tribunal Suprem s'ha pronunciat, per exemple, en el sentit de destacar que resulta evident la falta de legitimació de la part recurrent per a denunciar una infracció que no va poder significar per a ella gravamen de cap classe (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 2 de gener de 2002).

La legitimació del Ministeri Fiscal presenta particularitats. És dubtosa quan no ha estat part. La naturalesa de delictes privats, que li permeten no ser part, aconsella que quede exclòs de recórrer, sobretot si ho és per a mantenir l'acusació amb

independència del titular del poder de disposició. D'altra banda, el requisit de gravamen es matisa en aquest a causa del principi de legalitat que ha d'informar tota la seua activitat (article 3.4 i 6 de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal), de manera que podria interposar un recurs contra una sentència que considere inadequada malgrat ser completament favorable a les seues pretensions.

Certs dubtes es plantegen igualment en relació amb els qui han estat parts. Estant legitimats en principi per a recórrer, el recurs només es pot interposar contra una resolució que siga desfavorable, és a dir, que la sentència o interlocutòria objecte de recurs cause un gravamen (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 12 de febrer de 2001).

Tindrien gravamen els qui hagueren estat absolts per indult o prescripció, ja que en aquests casos no s'exclou el fet delictiu. En cas de condemna per conformitat, el condemnat d'aquesta manera no tindria gravamen llevat que haguera estat condemnat per pena superior a l'acceptada. Igualment podria recórrer si abans de la resolució del recurs es dicta una llei més favorable al reu; per falta de requisits essencials en la conformitat; o quan estiga en joc el principi de legalitat, sempre que de la descripció fàctica escaiga estimar un delictes diferent del penat. Com disposa l'article 787.6 de la Llei d'enjudiciament criminal, seran recurribles les sentències de conformitat quan no hagen respectat els requisits o termes de la conformitat, si bé l'acusat no podrà impugnar per raons de fons la seua conformitat lliurement prestada.

Pel que fa a la legitimació dels hereus del condemnat, malgrat que la defunció ha d'extingir el procés penal i no és procedent l'absolució d'un mort, només cal explicar-la quan es busque la reparació de l'honra del condemnat, o en els supòsits de responsabilitat civil derivada de delictes, que es transmet *mortis causa*.

En aquests casos, caldrà que la defunció es done després de ser dictada la resolució impugnada, perquè altrament no hauria estat dictada; i abans de la ferma, ja que després no cal articular recursos en sentit estricte.

Els hereus de l'acusador particular i privat, tot i ser més que dubtosa la transmissió *mortis causa* de la condició de víctima, hi tenen un interès legítim propi, amb suport en els articles 125 i 24.1 de la Constitució espanyola. Bastant més dubtosa resulta, en canvi, la legitimació de l'hereu de l'acusador popular, quan el causant exercita un dret intransferible i que la mateixa Constitució espanyola ja li reconeixia.

Amb caràcter general, l'actor civil no pot impugnar les resolucions absolutòries, ja que l'extinció de l'acció penal no porta l'extinció de la civil, i pot ser exercida

davant la jurisdicció i per la via que escaiga civilment (article 116 de la Llei d'enjudiciament criminal). És així llevat que l'absolució siga determinada per la declaració judicial d'inexistència del fet, ja que aquesta declaració extingeix tant l'acció penal com l'acció civil (article 116.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). En cas contrari es vulneraria el dret a la tutela judicial efectiva i el dret al recurs (CORTÉS).

L'obligat civil té limitat l'àmbit del recurs a aquells pronunciaments de la resolució que afecten l'objecte del procés civil acumulat, i és inadmissible la impugnació de la responsabilitat penal.

La possibilitat que no sent parts hagen estat condemnats en la sentència s'actualitza fonamentalment en relació amb l'acció directa contra l'assegurador per exigir-li el compliment de l'obligació d'indemnitzar. Aquestes companyies, mentre siguen condemnades dins els límits legals de l'assegurança, no tenen legitimació ja que la sentència condemnatòria no suposa per a elles cap gravamen; només estaran legitimades si la sentència s'excedeix d'aquests límits (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 20 de setembre de 1982).

El dret i l'interès de les asseguradores es limita a la seua obligació de pagar la indemnització i, en tot cas, a discutir l'obligació esmentada en relació amb la regular vigència del contracte d'assegurança. No, per exemple, a formular oposició davant el perjudicat pel fet que el seu assegurat produïra els danys influenciats pels efectes de begudes alcohòliques (sentència del Tribunal Constitucional 19/2002, de 28 de gener).

Finalment, cal assenyalar que en les últimes reformes de la Llei d'enjudiciament criminal s'incorpora la necessitat que la víctima siga informada de la vista (792.1), i que la sentència es notifique als ofesos i perjudicats pel delictes, encara que en cap dels supòsits no s'hagen mostrat parts (articles 792.3 i 4 i 976.3).

C) Caràcter impugnable de la resolució

Partint del fet que l'article 14.5 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics determina que la sentència condemnatòria ha de ser revisable davant un tribunal superior, la resolució ha de complir certs caràcters específics perquè puga ser impugnada mitjançant cada recurs i fins i tot per a les seues diverses modalitats.

Així, per exemple, els articles 847 i 848 de la Llei d'enjudiciament criminal determinen quines resolucions són impugnables per a cada un dels diversos motius de cassació. L'article 790 de la Llei d'enjudiciament criminal fixa que la sentència

dictada pel jutge penal –o jutge central penal– és apel·lable davant l'audiència provincial –o la sala penal de l'Audiència Nacional–. Així mateix, d'acord amb els articles 217 i 222.1 de la Llei d'enjudiciament criminal, exclusivament cal apel·lació en el procediment ordinari davant les interlocutòries dictades pel jutge instructor en els casos que determina la llei, i és necessària l'articulació de reforma prèvia.

Igualment, diversos preceptes de la Llei d'enjudiciament criminal assenyalen les interlocutòries recurribles en cassació: interlocutòria d'inhibició (articles 25 i 32); interlocutòria denegatòria de recusació (article 78); interlocutòria denegatòria de mesures (article 311,2); «resolució motivada» de «desestimació» de querella (article 313,2); interlocutòria denegatòria de reforma davant interlocutòria que decrete el processament (article 384,5); interlocutòria que ratifiqui la de presó i la d'alliberament del pres (article 517); la que decrete o denegue la presó o excarceració (article 518); interlocutòria que qualifiqui la suficiència de fiança (article 596), etc.

D) Termini legal

El recurs cal formular-lo dins el termini establert legalment. Els terminis són específics per a cada recurs, fins i tot s'estableixen terminis de preparació i, posteriorment, de formalització del recurs. Com a excepció es regula un recurs de queixa no sotmès a termini (article 213 de la Llei d'enjudiciament criminal).

El *dies a quo* s'inicia per a totes les parts l'endemà del dia de l'última notificació practicada en una mateixa resolució (articles 211, 212 i 856 de la Llei d'enjudiciament criminal).

L'article 790.1 de la Llei d'enjudiciament criminal, redactat després de la reforma de l'octubre de 2002, disposa que el recurs pot ser interposat per qualsevol de les parts, dins els deu dies següents a aquell en què se'ls ha notificat la sentència.

A l'efecte del còmput de terminis, l'article 184.1 de la Llei orgànica del poder judicial estableix que tots els dies de l'any i totes les hores seran hàbils per a la instrucció de les causes criminals, sense necessitat d'habilitació especial. En principi, els dies del termini per a recórrer s'entenen naturals durant la fase sumarial i hàbils en la fase de judici oral, d'acord amb els articles 182 a 185 de la Llei orgànica del poder judicial i els articles 1 a 3 del DL 5/1973, de 17 de juliol, que declara inhàbils, a efectes judicials, els dies del mes d'agost. No obstant això, almenys quant al termini per a formular recurs davant la sentència dictada en el judici de faltes, els dies del termini per a recórrer han de ser considerats hàbils.

En cas d'haver-se declarat el secret de la instrucció, la jurisprudència reitera que l'alçament permetrà l'exercici del dret de defensa sense cap restricció (sentència del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 d'octubre; sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 18 d'abril de 2002; sentència de l'Audiència Provincial d'Alacant, secció tercera, de 2 d'octubre de 2000, etc.). Conseqüentment, el *dies a quo* per a recórrer s'iniciarà, almenys, amb la notificació a les parts –l'última– de la resolució per la qual es decidisca l'alçament.

4. EFECTES

La simple presentació de tot recurs produeix efectes específics: impedeix la fermesa de la resolució i genera una expectativa de modificar la situació preexistent. L'estimació comportarà que aquesta expectativa es convertisca en realitat i, a més a més, amb certes condicions, que beneficie altres condemnats en el mateix procés penal, encara que no hagen recorregut. Igualment, excepte els de reforma i súplica, tenen efecte devolutiu i, en certs casos, suspensiu.

A) Efecte impeditiu de la fermesa

La interposició admissible o el manteniment del recurs impedeix la cosa jutjada formal –fermesa– de la resolució.

Mentre no siga ferma la resolució impugnada és possible que es resolga de nou el que ja s'hi ha resolt, de manera que, per la interposició del recurs, es confirma l'expectativa que la resolució impugnada pugui ser reformada, anul·lada o declarada nul·la.

L'abast modificador o anul·latiu d'aquesta segona resolució està condicionat, en primer lloc, per l'àmbit admissible del recurs, que pot ser legalment limitat (recursos extraordinaris); de la mateixa manera, per la prohibició que el recurrent, en virtut del seu propi recurs, veja empitjorada o agreujada la situació jurídica establerta en la resolució impugnada, aconseguint-se un efecte contrari al perseguit, que era precisament eliminar o minorar el gravamen en aquesta. Ara bé, no tot empitjorament és contrari a l'article 24.1 de la Constitució espanyola. Ho és el que resulte del mateix recurs sense impugnació per l'altra part, però no serà així si deriva de l'aplicació de normes d'ordre públic (sentències del Tribunal Constitucional 153/1990, de 15 d'octubre i 114/2001, de 7 de maig). Igualment, la protecció que suposa la prohibició de *reformatio in peius* és inferior respecte als acusadors, perquè en un recurs interposat per acusador que pretenga agreujament, serà admissible l'absolució o condemna de menor gravetat (ORTELLS).

La *reformatio in peius* constitueix una modalitat d'incongruència processal. La seua prohibició deriva del règim de garanties processals i dels recursos, ja que sent l'interès un dels pressupòsits de l'admissió del recurs, el recurs únic del condemnat no pot conduir a uns resultats que estiguen en contrast o en contradicció amb l'interès esmentat. A més a més, elimina un element dissuasori per a l'exercici del dret al recurs, perquè en cas contrari es penalitzaria pel simple fet d'interposar recurs (sentència del Tribunal Constitucional 232/2001, d'11 de desembre).

Aquesta prohibició de *reformatio in peius* està prevista expressament en l'article 902 de la Llei d'enjudiciament criminal per a la cassació, si bé la jurisprudència entén que serà transportable a tot el sistema de recursos a fi de preservar el principi acusatori i evitar l'agreujament de la situació del condemnat (sentències del Tribunal Constitucional 16/2000, de 31 de gener, i 200/2000, de 24 de juliol).

B) Efecte extensiu

Quan per l'estimació del recurs s'obtinga la reforma, anul·lació o producció de la declaració de nul·litat de la resolució impugnada i es complisquen unes condicions, els efectes beneficiosos del recurs s'estendran a altres condemnats. Per a això cal que el recurrent siga un condemnat, i els altres no recurrents es troben en la mateixa situació i els siguen aplicables els motius al·legats pels quals s'estime el recurs.

Aquest efecte extensiu es considera expressament en l'article 903 de la Llei d'enjudiciament criminal, si bé es pot aplicar per analogia als altres recursos (CORTÉS).

A favor d'aquesta aplicació general es pot argumentar també el fet que així s'eviten contradiccions i, per tant, es garanteix la igualtat entre els condemnats amb independència que recorreguen o no. L'equiparació serà en el que beneficie el recurs del condemnat, perquè com a resultat de la prohibició de la *reformatio in peius* no són possibles conseqüències desfavorables pel recurs d'un altre condemnat.

C) Efecte devolutiu

Excepte en els supòsits de reforma i súplica, que són tramitats i resolts pel mateix òrgan jurisdiccional que va dictar la resolució impugnada, en la resta de recursos s'originarà l'efecte «devolutiu» per tal com coneixerà del recurs el seu superior jeràrquic.

El terme «efecte devolutiu» deriva d'una concepció tradicional errònia. Es partia del fet que la jurisdicció era lliurada per l'òrgan superior a l'inferior, de manera que, en recórrer-se i conèixer aquest òrgan superior, s'entenia que l'inferior «tornava» la jurisdicció que prèviament li havia «lliurat» aquell.

D) Efecte suspensiu

En aquells supòsits que opere l'efecte suspensiu, els efectes jurídics de la resolució impugnada quedaran sense eficàcia, condicionats a la seua confirmació total o parcial.

Cal partir del fet que la llibertat és la situació general i la presó, excepcional (article 17.1 de la Constitució espanyola). L'efecte suspensiu és necessari pel que fa als pronunciaments estrictament penals, ja que la presumpció d'innocència impedeix l'execució provisional. Per això, segons l'article 3.1 del Codi Penal, no es pot executar pena ni mesura de seguretat si no és en virtut de sentència ferma i, pel mateix motiu, el recurs davant sentències absolutòries o interlocutòries de sobreseïment no impedeix que despleguen els seus efectes favorables (per exemple, llibertat o alçament de mesures cautelars personals). Una altra cosa són els pronunciaments sobre responsabilitat civil per delictes, que sí que són susceptibles d'execució provisional (article 989 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Alguns preceptes que permeten concloure d'una manera més o menys directa que el recurs produeix o no efectes suspensius són:

a) Els articles 217, 223 i 766.1 de la Llei d'enjudiciament criminal, pels quals no tenen efecte suspensiu els recursos davant resolucions de tràmit, llevat que expressament es considere; o l'article 311.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, pel qual serà admès en un sol efecte el recurs d'apel·lació davant la interlocutòria denegatòria de les diligències d'investigació sol·licitades per les parts.

b) L'article 313.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, pel qual, davant la interlocutòria de «desestimació» de la querella, pot haver-hi apel·lació en ambdós efectes.

c) L'article 779.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, pel qual, en els casos de la interlocutòria de sobreseïment, que ordene la remissió al jutge que corresponga per reputar el fet com a falta, o si s'inhibeix a favor de l'òrgan competent per atribuir-se a la jurisdicció militar, es remetran les diligències al fiscal de l'audiència, el qual, dins els tres dies següents a la seua recepció, les tornarà al jutjat amb l'escrit d'interposició del recurs o amb la fórmula de «vist», i a continuació es procedirà en aquest cas a

l'execució del que resol. Això significa que si hi interposa recurs no es produirà l'execució.

d) L'article 782 de la Llei d'enjudiciament criminal: en acordar el sobreseïment, el jutge d'instrucció deixarà sense efecte la presó i la resta de mesures cautelars sol·licitades. Així, un possible recurs davant aquesta resolució no pot produir en cap cas efecte suspensiu.

e) L'article 794: tan prompte com siga ferma la sentència, el jutjat o l'audiència que l'haja dictada procedirà a la seua execució.

f) 846 *bis d*): si l'apel·lant principal no es persona o manifesta la seua renúncia al recurs, es tornaran les actuacions a l'audiència provincial, es declararà ferma la sentència i es procedirà a la seua execució. L'execució de la sentència, una vegada ferma, implica que el recurs produeix efecte suspensiu.

II. MITJANS D'IMPUGNACIÓ NO DEVOLUTIUS

El mateix òrgan que dicta certes resolucions de contingut processal coneixerà dels «remeis» (recursos no devolutius), que la Llei d'enjudiciament criminal anomena «reforma» o «súplica», segons els casos. Es tracta del mateix instrument d'impugnació, de caràcter ordinari, si bé s'anomena de forma diferent segons l'òrgan que dicta la resolució impugnada: si és unipersonal, reforma; si és col·legiat, súplica.

1. REFORMA

A) Resolucions impugnables segons el tipus de procediment

a) Procediment ordinari

Escau davant interlocutòries dictades pel jutge d'instrucció (article 217 de la Llei d'enjudiciament criminal), i també davant les providències dictades pel mateix òrgan quan les matèries que hagen de ser resoltes mitjançant interlocutòria (articles 245.1.b de la Llei orgànica del poder judicial i 141 de la Llei d'enjudiciament criminal) es resolguen no obstant això en forma de providència (sentència del Tribunal Constitucional 349/1993, de 22 de novembre).

D'altra banda, certes interlocutòries no admeten reforma, com la interlocutòria de conclusió del sumari (article 622.1 de la Llei d'enjudiciament criminal), perquè el jutge perd la competència funcional i, a més, d'acord amb l'article 627.3 de la Llei d'enjudiciament criminal, les parts poden plantejar la necessitat de noves diligències, la qual cosa comportarà la revocació de la interlocutòria; o l'ordre de processament

dictat pel jutge per ordre de l'audiència, de manera que el jutge no pot deixar de processar. Els processats poden utilitzar directament el recurs d'apel·lació en un efecte, sense necessitat d'utilitzar prèviament el de reforma (article 384.6 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Encara que la reforma prèvia, d'acord amb l'article 222 de la Llei d'enjudiciament criminal, és preceptiva per a la interposició de l'apel·lació en el procediment ordinari (però no en el procediment abreujat, segons l'article 766.2 de la Llei d'enjudiciament criminal), havent-se eliminat la seua única exigència expressa en l'anterior article 787.1 de la Llei d'enjudiciament criminal per al procediment abreujat, des d'una interpretació més favorable a l'exercici del dret al recurs, cal entendre que ha esdevingut opcional per a formular queixa.

b) Procediment abreujat

Escau reforma davant les interlocutòries dictades pel jutge d'instrucció i pel jutge penal, sempre que no estiguen exceptuats (article 766.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

No pateix les restriccions del procés ordinari; i contràriament al que s'hi estableix (article 222 de la Llei d'enjudiciament criminal), és facultativa la reforma prèvia a l'apel·lació (article 766.2 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Contra les resolucions del jutge penal, pel caràcter majoritàriament oral del procediment, serà poc freqüent la reforma, que se substituirà per la «protesta».

Els pronunciaments del jutge sobre mesures cautelars són recurribles mitjançant reforma i apel·lació (articles 798.3 i 766 de la Llei d'enjudiciament criminal). Així mateix, amb una idea semblant a com no és recurrible la interlocutòria de conclusió del sumari del procés ordinari de l'article 622.1 de la Llei d'enjudiciament criminal, expressament s'exclou tot recurs (reforma i apel·lació) davant la interlocutòria oral i documentada dictada quan el jutge considere suficients les diligències practicades i ordene continuar la preparació del judici oral, així com davant la interlocutòria oral i documentada que es dicte a continuació per la qual s'acorde l'obertura del judici oral (articles 798.2.1 i 800.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

c) Especialitats en els judicis ràpids

Potser perquè és innecessari, atès el seu caràcter predominantment oral, no hi ha referència expressa a la possibilitat d'interposar reforma en la regulació dels

anomenats judicis ràpids. Encara més, es considera expressament que no és recurrible la interlocutòria que declara suficients les diligències practicades (article 798.2.1 de la Llei d'enjudiciament criminal) i la interlocutòria que acorda l'obertura del judici oral (article 800.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). En canvi, preveu la procedència dels recursos de reforma i apel·lació contra el pronunciament del jutge sobre mesures cautelars davant l'imputat i, si escau, davant el responsable civil (article 798.3 de la Llei d'enjudiciament criminal).

D'altra banda, en aquells supòsits en què es puguin dictar interlocutòries de contingut processal i no siguin expressament excloses, no hi ha inconvenient per a entendre aplicable l'article 766.1 de la Llei d'enjudiciament criminal per als judicis ràpids, de manera que es podrà formular reforma, si bé aquesta no serà en cap cas necessària per a un recurs ulterior.

d) Judici de faltes

Per les mateixes raons d'oralitat, tampoc no hi ha referència expressa en la regulació del judici de faltes. L'únic recurs que es considera és el d'apel·lació de sentència (article 976 de la Llei d'enjudiciament criminal). Com en el supòsit anterior, quan es puguin dictar i de fet es dicten interlocutòries de contingut processal, no hi ha inconvenient perquè siga admesa la queixa.

e) Procediment en cas de competència del tribunal del jurat

De nou la Llei orgànica del Tribunal Constitucional omet qualsevol referència a la reforma, i s'apliquen les normes generals (article 217 i següents de la Llei d'enjudiciament criminal). És possible davant les resolucions –escrites– dictades pel jutge d'instrucció o pel magistrat president del tribunal del jurat.

f) Procés penal de menors

El recurs de reforma escau contra les interlocutòries i providències dels jutges de menors i s'ha d'interposar en el termini de tres dies a partir de la notificació.

Segons l'article 41.2 LO 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, la interlocutòria que resolga la impugnació de la providència és susceptible de recurs d'apel·lació. Encara que no s'hi refereix expressament, es pot incloure la interlocutòria que resolga la impugnació d'interlocutòria, quan no siga possible davant la mateixa apel·lació directa d'acord amb l'article 41.3 de l'esmentada LO 5/2000.

g) Execució de penes i de mesures de seguretat

El recurs de reforma es pot interposar contra totes les interlocutòries dictades pel jutge de vigilància penitenciària (disposició addicional cinquena 1 de la Llei orgànica del poder judicial)

B) Efectes

No té efecte devolutiu. El mateix òrgan jurisdiccional que va dictar la resolució impugnada (article 219.1 i 220.1 de la Llei d'enjudiciament criminal) reconsiderarà la seua decisió en vista de les al·legacions del recurrent.

No hi ha referència expressa a aquest efecte suspensiu, si bé la doctrina ha mantingut que és procedent la suspensió en aquells supòsits en què posteriorment escaiga apel·lació amb efecte suspensiu (GÓMEZ ORBANEJA, ORTELLS).

C) Procediment

S'interposarà per escrit autoritzat amb signatura d'advocat –així com integrada la representació per procurador (articles 438 de la Llei orgànica del poder judicial i 3 de l'Estatut general dels procuradors dels tribunals)–, i amb tantes còpies com parts, dins els tres dies següents a l'última notificació als qui siguen part en el mateix procés (articles 211, 221 i 222.2 de la Llei d'enjudiciament criminal).

En el procés ordinari serà sempre previ a l'apel·lació, si bé es poden interposar reforma i apel·lació en un mateix escrit, i serà el segon subsidiari en cas que siga desestimat el primer (article 222.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Serà resolt pel mateix jutge, després de dictar una providència d'admissió i el trasllat a les altres parts, el segon dia de lliurament de còpies, tant si les altres parts han presentat escrits o no (article 222.3 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Davant les diligències d'ordenació, l'article 289 de la Llei orgànica del poder judicial estableix que són revisables pel jutge o el ponent, d'ofici o a instància de part, en els casos i la forma previstos en les lleis processals. Com que no hi ha fixada una forma especial, sembla que es pot realitzar a través del procediment anterior (HINOJOSA).

2. SÚPLICA

A diferència de la reforma, la súplica és admissible davant les interlocutòries (i providències) dictades per òrgans jurisdiccionals col·legiats (els «tribunals» de l'article 236 de la Llei d'enjudiciament criminal), llevat que, segons l'article 237 de la Llei d'enjudiciament criminal, expressament s'atorgue un altre recurs (per exemple, el recurs de queixa davant la interlocutòria denegatòria de la preparació de la cassació d'acord amb l'article 862 i 858 de la Llei d'enjudiciament criminal) o es declare que no pot haver-hi recurs.

La jurisprudència ha declarat que és possible la súplica, per exemple, davant providència que havia d'adoptar la forma d'interlocutòria (interlocutòries del Tribunal Suprem, sala segona, 17 de febrer de 2000 i 12 de gener de 2000, etc.); davant interlocutòries que admeten la pràctica de proves o en deneguen alguna (interlocutòria de l'Audiència Provincial de Còrdova, secció tercera, 7 d'octubre de 1996); o davant interlocutòria que desestime l'aplicació d'indult (interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, 5 de febrer de 2001).

Així mateix, ha negat la possibilitat de súplica davant les interlocutòries que resolguen altres recursos. El Tribunal Constitucional argumenta que, en cas contrari, tenint en compte la regulació genèrica que el precepte abans citat fa del recurs de súplica, la possibilitat de recórrer seria il·limitada (sentències del Tribunal Constitucional 212/1991, d'11 de novembre i 24/1994, de 27 de gener). Manté que no resulta sostenible que contra la desestimació d'un recurs jeràrquic, com és en definitiva el de queixa, es pugui interposar un nou remei davant el mateix òrgan. Això portaria, entesa literalment la dicció de l'article 236 de la Llei d'enjudiciament criminal, a una cadena infinita de recursos de súplica (sentència del Tribunal Constitucional 3/1992, de 13 de gener). Igualment, la jurisprudència nega la possibilitat de súplica, entre altres supòsits, davant la interlocutòria desestimària de querella adoptada pel Tribunal Suprem perquè no és possible aplicar l'article 313 de la Llei d'enjudiciament criminal (interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, 16 de març de 1998); o davant interlocutòria que acorde l'obertura de judici oral en sumari (interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, 19 febrer de 1999).

El procediment per a la súplica serà el mateix que el vist per a la reforma (article 238 de la Llei d'enjudiciament criminal).

III. RECURSOS DE QUEIXA

1. CONCEPTE I CLASSES

No hi ha una única modalitat de recurs de queixa, sinó diverses, de naturalesa heterogènia i, per tant, amb conceptes diversos per a cada una.

A vegades la Llei d'enjudiciament criminal anomena «queixa» certes sol·licituds i reclamacions que no són estrictament mitjans d'impugnació. Per exemple:

- Article 99 de la Llei d'enjudiciament criminal, relatiu a la queixa com a reclamació –de naturalesa administrativa– per no abstenció del Ministeri Fiscal.
- Article 200 de la Llei d'enjudiciament criminal, a la «queixa» deduïda amb motiu de «dilacions injustificades dels termes judicials», que actualment consistiria en una sol·licitud al Consell General del Poder Judicial per responsabilitat disciplinària del jutge (articles 417 a 419 de la Llei orgànica del poder judicial).

La Llei d'enjudiciament criminal conté dues classes de recursos de queixa diferenciats: el que escau davant les resolucions d'inadmissió d'un altre recurs, siga l'apel·lació o la cassació; i el substitutiu de l'apel·lació, amb efectes diversos si es formula dins o fora del termini establert per al recurs substituït.

En totes les modalitats, la queixa és un recurs ordinari i devolutiu, que s'interposarà directament davant l'òrgan jurisdiccional de grau superior al que va dictar la resolució impugnada, que coneixerà d'aquest (articles 219.2 i 220.4 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Es tracta d'un recurs ordinari, ja que no queden limitats els motius en què es fonamenta, si bé la seua funció –actualment en la majoria dels supòsits però no en tots– se centra en un nou enjudiciament dels motius d'inadmissió o falta de preparació del recurs. D'aquesta manera, les resolucions recurribles són precisament les que decideixen la inadmissió o la falta de preparació. Potser per això la jurisprudència ocasionalment el qualifica d'«extraordinari» (per exemple, interlocutòries del Tribunal Suprem, sala segona, 28 de maig de 1999, i 26 de setembre de 2000).

2. RECURS DE QUEIXA PER INADMISSIÓ O MANCA DE PREPARACIÓ D'UN ALTRE RECURS

A pesar de tractar-se d'un recurs ordinari, la seua funció en aquest cas és instrumental de la resta de recursos devolutius.

El recurs de queixa té, en efecte, un simple caràcter instrumental respecte del recurs principal, ja que, si no existeix la queixa davant el mateix tribunal que s'estima competent per a conèixer, l'òrgan judicial *a quo* podria impedir tot intent d'interposar el recurs i negar-se a tenir per preparada la impugnació (sentència del Tribunal Constitucional 4/1990, de 18 de gener). Comparteix aquesta funció amb la que exclusivament correspon als recursos de queixa coneguts en la resta d'ordres jurisdiccionals (articles 494 i 495 de la Llei d'enjudiciament civil, 193.2, 207.2 i 3 de la Llei de procediment laboral, 85.2 i 90.2 de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa).

Atès que l'admissió o preparació de l'apel·lació i la cassació s'encomana a l'òrgan *a quo*, es pretén evitar que la seua admissió quede en mans exclusivament del mateix jutge, tribunal o audiència que va dictar la resolució objecte de recurs. Per això, el recurs de queixa permet reconsiderar per l'òrgan *ad quem* la decisió inicial de l'òrgan *a quo* que rebutja un recurs d'apel·lació (article 218 de la Llei d'enjudiciament criminal) o entén com a no preparat el recurs de cassació (article 862 de la Llei d'enjudiciament criminal).

El procediment del recurs és comú, si bé amb particularitats en alguns supòsits.

A) Recurs de queixa contra la interlocutòria d'inadmissió de l'apel·lació (o de la queixa que la substituïska)

a) En el procediment ordinari

Contra la interlocutòria per la qual el jutge instructor rebutja un recurs d'apel·lació, es pot interposar queixa mitjançant un escrit fonamentat i amb signatura d'advocat (article 221 de la Llei d'enjudiciament criminal) –així com integrada la representació per procurador (articles 438 de la Llei orgànica del poder judicial i 3 de l'Estatut general dels procuradors dels tribunals)–, directament davant l'òrgan competent per a resoldre el recurs (audiència provincial o Audiència Nacional, així com, en cas d'aforament, tribunal superior de justícia o Tribunal Suprem).

Es formularà recurs mitjançant un escrit, signat per lletrat i procurador. Pel que fa al termini, contràriament al que estableix l'article 862 de la Llei d'enjudiciament criminal per a la inadmissió de la cassació, que es refereix al de dos dies des de la notificació de la interlocutòria, no es preveu termini especial en cas d'inadmissió de l'apel·lació, de manera que hi és aplicable el que disposa l'article 213 de la Llei d'enjudiciament criminal. No constituirà requisit la determinació de les infraccions legals en l'escrit, si bé contindrà totes les al·legacions conduents a la seua estimació

incloent-hi, si escau, les possibles infraccions legals. És així perquè, encara que no s'exigisca expressament, és l'única oportunitat amb què compta el recurrent per a aquest fi.

L'òrgan que resoldrà la queixa ordenarà al jutge *a quo* que emeta l'informe corresponent (article 233 de la Llei d'enjudiciament criminal). Rebut l'informe, si la causa és per delictes en què haja d'intervenir, es passarà al fiscal perquè emeta un dictamen (article 234 de la Llei d'enjudiciament criminal). En vista de tot això es resoldrà si ha de confirmar-se o no la interlocutòria objecte de recurs i, per tant, si l'apel·lació ha de ser admesa o no (article 235.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

La sentència del Tribunal Constitucional 178/2001, de 17 de setembre, considera que la tramitació sense traslladar a la part acusadora particular, imputable exclusivament a l'òrgan jurisdiccional, conculca els principis de contradicció i bilateralitat.

b) En el procediment abreujat

Amb la reforma parcial de la Llei d'enjudiciament criminal donada per LO 8/2002, de 24 d'octubre, han estat suprimides les referències expresses a la queixa en el procediment abreujat. Això no significa, així ho entenc, que no en siga possible l'articulació, sinó que cal aplicar-hi les normes generals encara que siga amb les adaptacions corresponents a l'especial ordenació competencial prevista en aquest procediment. Com que l'òrgan que ha de resoldre l'admissió pot ser, segons els casos, el jutge d'instrucció o el jutge penal (article 790 de la Llei d'enjudiciament criminal), les resolucions impugnables són les d'aquests que resolguen inadmissió. Coneixerà de la queixa, més que el superior en grau estrictament, l'òrgan que haja conegut de l'apel·lació si s'ha admès, és a dir, segons els casos, l'audiència provincial (article 82.2 de la Llei orgànica del poder judicial) o l'Audiència Nacional (article 65.5 de la Llei orgànica del poder judicial).

La mateixa LO 8/2002, de 24 d'octubre, ha suprimit les especialitats de procediment previstes per a la queixa en el procediment abreujat, de manera que s'han d'entendre aplicables els articles 221 i 233 a 235 de la Llei d'enjudiciament criminal.

c) En el judici de faltes

De la mateixa manera que en el procediment abreujat, no hi ha referència expressa a la queixa en el judici de faltes, per tant hi són aplicables de nou les normes generals. S'interposa directament davant l'audiència provincial, constituïda amb un sol

magistrat (article 82.1 de la Llei orgànica del poder judicial); o, si escau, davant el jutjat d'instrucció si l'apel·lació no admesa es va presentar davant sentència del jutge de pau (articles 87.1.b de la Llei orgànica del poder judicial i 14.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

d) En el procediment en cas de competència del tribunal del jurat

Tampoc no hi ha referència expressa en la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, de manera que hi són aplicables les normes comunes de la Llei d'enjudiciament criminal. Escau davant la inadmissió pel jutge d'instrucció del recurs d'apel·lació davant resolució de tramitació, del qual coneixerà l'audiència provincial; i davant el rebuig decretat pel magistrat president del tribunal del jurat davant la sentència o interlocutòria que dicten després del judici oral, coneixerà l'òrgan que haja estat competent per a conèixer d'aquesta apel·lació, és a dir, la sala civil i penal del tribunal superior de justícia de la comunitat autònoma en què es trobe l'audiència provincial a què estiga adscrit el magistrat president del tribunal del jurat (article 846 bis a) de la Llei d'enjudiciament criminal).

e) En el procés penal de menors

De nou no hi ha referència expressa a la queixa en el procés penal de menors, de manera que hi poden ser aplicades les normes generals. S'interposa directament davant l'òrgan jurisdiccional que havia de conèixer si s'haguera admès el recurs, és a dir, l'audiència provincial corresponent.

f) En execució de penes i de mesures de seguretat, així com en règim penitenciari

Contra la interlocutòria dictada pel jutge de vigilància penitenciària que rebutja un recurs d'apel·lació, es pot interposar queixa sempre que no s'haja dictat per resoldre recurs contra resolució administrativa. En matèria d'execució de penes, s'interposarà davant l'òrgan sentenciador; i pel que fa a règim penitenciari i la resta de matèries no compreses en l'execució, s'interposarà davant l'audiència provincial de la demarcació on es trobe el centre penitenciari.

La queixa es tramitarà i resoldrà en els mateixos termes vistos per al procediment ordinari (articles 221, 233 a 235 de la Llei d'enjudiciament criminal), si bé només hi podran concórrer el Ministeri Fiscal, que serà part, i l'intern o alliberat condicional (disposició addicional cinquena, dos a cinc, de la Llei orgànica del poder judicial).

2. RECURS DE QUEIXA CONTRA LA INTERLOCUTÒRIA DE NO TENIR PER PREPARADA CASSACIÓ

En aquest cas s'impugna la interlocutòria per la qual no es dóna per preparada la cassació dictada, segons els casos, per l'audiència provincial, les sales penals dels tribunals superiors de justícia o de l'Audiència Nacional (articles 862 i 858 de la Llei d'enjudiciament criminal).

El tret específic és que el procediment presenta alguna especialitat. Encara que s'interposa directament davant la sala segona del Tribunal Suprem, té una certa preparació davant l'òrgan *a quo*.

S'interposarà el recurs, fent-lo present al tribunal sentenciador, dins els dos dies següents al de la notificació, el qual disposarà la remissió de la còpia certificada de la interlocutòria denegatòria al Tribunal Suprem i citarà a termini les parts perquè compareguen davant seu (articles 862 a 864 de la Llei d'enjudiciament criminal).

- Si el recurrent no compareix, es dictarà interlocutòria que declare desert el recurs, ferma i consentida la interlocutòria denegatòria, amb les costes (article 866 de la Llei d'enjudiciament criminal).
- Si compareix, es redactarà el recurs per escrit i signat per advocat i procurador, i el recurrent hi formularà els fonaments de la queixa (amb la màxima concisió i claredat). Es traslladarà a les altres parts personades i una còpia al Ministeri Fiscal, perquè durant tres dies expose el que estime convenient sobre la procedència o no de la queixa (article 867 de la Llei d'enjudiciament criminal). Si altres parts citades a termini compareixen, se'ls lliurarà una còpia de la interlocutòria denegatòria perquè puguin impugnar en el mateix termini de tres dies (article 867 *bis* de la Llei d'enjudiciament criminal).

Amb un informe previ del magistrat ponent, la sala segona del Tribunal Suprem dictarà la resolució que escaiga.

Si estima fonamentada la queixa, revocarà la interlocutòria denegatòria i ordenarà al tribunal *a quo* que tinga per preparada la cassació.

Si és improcedent, desestimarà la queixa amb les costes, i podrà imposar una multa, si els fets al·legats com a fonament de la queixa resulten falsos, que no baixarà de 250 pessetes ni passarà de 1.000 (article 870 de la Llei d'enjudiciament criminal).

3. RECURS DE QUEIXA SUBSTITUTIU DEL RECURS D'APEL·LACIÓ

A més de la denominació «recurs de queixa», una característica comuna amb el recurs de queixa que hem estudiat fins ara és la regulació del procediment (articles 233 a 235 de la Llei d'enjudiciament criminal). D'altra banda, el recurs de queixa substitutiu del recurs d'apel·lació té una funció i finalitat distintes, equivalent a l'apel·lació, ja que «es pot interposar contra totes les interlocutòries no apel·lables del jutge» (article 218 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Escau davant les interlocutòries –o providències que havien de revestir la forma d'interlocutòria– dictades per l'instructor (jutge d'instrucció, jutge central d'instrucció o, en casos d'aforament, magistrat de la sala civil i penal de tribunal superior de justícia o de la sala penal de Tribunal Suprem), que no siguen apel·lables.

El recurs de queixa substitutiu de l'apel·lació té actualment caràcter residual. La queixa havia estat fins a la reforma de 2002 regla general en el procediment abreuja, però no en l'ordinari, on l'apel·lació ja s'admetia més àmpliament. La reforma parcial de la Llei d'enjudiciament criminal, donada per LO 8/2002, de 24 d'octubre, tal com reclamava la doctrina, ha suprimit la queixa en el procediment abreuja per la via de la generalització de l'apel·lació en el mateix procés (article 766.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). En aquesta línia, l'article 4.2 LO 19/1994, de 23 de desembre, de protecció a testimonis i perits, ja es refereix exclusivament al fet que les mesures adoptades poden ser objecte de recurs de reforma o súplica, i per tant sembla excloure tot recurs devolutiu, incloent-hi la queixa. Amb tot, encara és possible trobar referències expresses a la queixa; per exemple, en el capítol relatiu a la formació del sumari, l'article 311.3 de la Llei d'enjudiciament criminal la preveu enfront de la interlocutòria denegatòria de les diligències proposades pel Ministeri Fiscal o qualsevol de les parts, quan el fiscal no estiga a la mateixa localitat que el jutge d'instrucció.

En el procediment del tribunal del jurat es considera expressament que contra la negativa –o falta de resposta– del jutge instructor a incoar el procediment del jurat, les parts poden recórrer directament en queixa davant l'audiència provincial, que resoldrà abans de vuit dies, i demanarà informe de l'instructor pel mitjà més ràpid (article 309 *bis* de la Llei d'enjudiciament criminal). Igualment, si el jutge no acorda l'audiència preliminar de les parts sobre la procedència de l'obertura del judici oral, les parts poden interposar recurs de queixa davant l'audiència provincial (article 30.1 de la Llei orgànica del tribunal del jurat).

El termini per a interposar-lo és l'ordinari de les apel·lacions, és a dir, cinc dies (articles 235.2 i 212.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). Només si s'ha complert aquest termini, l'estimació del recurs pot afectar l'estat que tenia la causa quan el recurs s'havia interposat (article 235.2 de la Llei d'enjudiciament criminal *sensu contrari*).

4. RECURS DE QUEIXA NO SOTMÈS A TERMINI

L'esmentat termini de cinc dies per a la interposició del recurs de queixa, per inadmissió d'un altre recurs o substitutiu de l'apel·lació, s'exigeix perquè l'estimació del recurs tinga eficàcia immediata sobre les actuacions que el van motivar.

Tanmateix, és possible interposar el recurs de queixa fora d'aquest termini, mentre estiga pendent la causa (article 213 de la Llei d'enjudiciament criminal). En aquest cas, la interlocutòria que es dicte no podrà afectar l'estat que tenia la causa quan el recurs s'haja interposat fora del termini ordinari de les apel·lacions, sense perjudici d'allò que el tribunal acorde quan arribe a conèixer d'aquella (article 235 de la Llei d'enjudiciament criminal).

D'aquesta manera, si no pot afectar l'estat que tenia la causa és perquè l'estimació del recurs tindrà incidència fins al moment en què l'òrgan que resol la queixa arribe a conèixer el procés en conjunt, sense perjudici que puguin ser considerades actuacions ulteriors que eliminen les raons que inicialment van determinar-ne la interposició (ORTELLS). Així i tot, la seua utilitat es manifesta com a mètode de control de vicis i de perfeccionament de la fase instructora.

IV. RECURS D'APEL·LACIÓ

1. CONCEPTE I CLASSES

L'apel·lació es presenta com el recurs ordinari característic, ja que permet conèixer de totes les qüestions fàctiques i jurídiques corresponents a la resolució impugnada. Ara bé, aquesta amplitud, a més d'estar condicionada pels poders oficials de l'òrgan que ha de conèixer, és limitada per la voluntat del recurrent, que té disposició per a fixar els pronunciaments i les qüestions objecte de recurs. I així mateix, la circumstància que l'òrgan que ha de resoldre conega generalment sense immediatesa –tret de supòsits excepcionals–, dificulta la valoració dels mitjans de prova practicats davant el jutge *a quo* i, per tant, minva les possibilitats de revisar el material fàctic.

Aquestes dificultats no impedeixen sempre la revisió efectiva del material fàctic. El tribunal de l'apel·lació, per les facultats revisores que li competeixen, pot dissentir fins i tot de la valoració quan les proves que s'aporten a les actuacions resulten erròniament apreciades (així, per exemple, sentència de l'audiència provincial de Conca, de 6 de juny de 1997); també el tribunal d'apel·lació pot valorar les proves practicades en primera instància, així com examinar i corregir la ponderació duta a terme pel jutge, atès que el recurs d'apel·lació atorga plenes facultats al tribunal *ad quem* per a resoldre totes les qüestions que se li plantegen, tant de fet o de dret, perquè es tracta d'un recurs ordinari que permet un *novum iudicium* (sentència, secció segona, de l'Audiència Provincial de València, de 10 d'abril de 2000).

El recurs d'apel·lació té efecte devolutiu, perquè mitjançant la seua interposició coneixerà l'òrgan jurisdiccional superior en grau al que va dictar la resolució impugnada. No obstant això, presenta diferències pel que fa al tipus de resolució impugnada: interlocutòria que pose fi al procés, o sentència que resolga el fons de l'assumpte. En aquest últim cas, encara que siga amb dificultats o limitacions en l'àmbit de cognició del recurs, s'obri una segona instància amb possibilitat de resoldre sobre l'objecte del procés. Igualment, s'hi aprecien particularitats segons el tipus de procediment que a continuació destacarem.

2. APEL·LACIÓ DE RESOLUCIONS NO DE FONS

Segons que ens trobem en el procés ordinari o en el procediment abreujat, hi ha diferències tant respecte a les resolucions apel·lables com al procediment del recurs.

A) Procediment ordinari

Exclusivament és possible apel·lació davant les interlocutòries dictades pel jutge instructor en els casos determinats en la llei, i amb caràcter general cal articular recurs de reforma previ (articles 217 i 222.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

L'apel·lació escau tant si la reforma prèvia és desestimada com si hi ha hagut estimació total o parcial. Hi pot recórrer qui haja patit gravamen: el recurrent al qual s'ha desestimat el recurs; el recorregut davant el qual s'ha estimat totalment; o ambdós, si hi ha hagut estimació parcial. En els supòsits d'estimació total o parcial, una vegada formulada reforma, la part que no hi va recórrer prèviament mitjançant aquest instrument no devolutiu podrà formular apel·lació directament sense necessitat d'interposar al seu torn l'esmentada reforma.

Excepcionalment, en certs casos s'autoritza la utilització directa del recurs d'apel·lació sense necessitat prèvia de reforma (per exemple, article 384.6 *in fine* de la Llei d'enjudiciament criminal).

a) Interposició i admissió del recurs

S'interposarà per escrit autoritzat amb signatura de lletrat (article 221 de la Llei d'enjudiciament criminal) –integrada la representació per procurador (articles 438 de la Llei orgànica del poder judicial i 3 de l'Estatut general dels procuradors dels tribunals)– davant el jutge instructor que va dictar la interlocutòria apel·lada. En cas que no s'haja interposat subsidiàriament en el mateix escrit de la reforma prèvia (article 222.1 de la Llei d'enjudiciament criminal), es formularà en el termini de cinc dies des de l'última notificació de la interlocutòria impugnada (article 212.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

L'admissió del recurs i la procedència o no de l'efecte suspensiu serà decidida pel jutge instructor (article 223 de la Llei d'enjudiciament criminal), tenint en compte que per a la procedència de l'efecte suspensiu caldrà norma expressa (article 217 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Si s'admet en ambdós efectes, es remetran les actuacions originals a l'òrgan que coneixerà l'apel·lació. Si s'admet en un sol efecte, atès que el procediment ha de continuar, s'il·lustrarà l'òrgan *ad quem* dels materials mitjançant testimoni de particulars d'acord amb el que disposen els articles 225 i 226 de la Llei d'enjudiciament criminal.

La no-suspensió permet fins i tot que concloga el sumari i que siga elevat a l'òrgan que l'ha de resoldre, si bé, arribada aquesta situació, se suspendria el procés fins a la resolució de l'apel·lació (article 622.3 i 4 de la Llei d'enjudiciament criminal).

b) Citació a termini i instrucció de les parts

Amb l'admissió i remissió de les actuacions o del testimoni de particulars a l'òrgan que resoldrà l'apel·lació, s'ordenarà que les parts compareguen davant aquest, en un termini de quinze dies si l'òrgan competent funcionalment és el Tribunal Suprem, o de deu dies si es tracta de l'audiència provincial o de l'Audiència Nacional (articles 224 i 227 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Les parts tindran la càrrega de la personació. Si l'apel·lant no es persona, el recurs podrà ser declarat desert (article 228 de la Llei d'enjudiciament criminal) i, per

tant, ferma la resolució objecte de recurs. Si l'apel·lat no es persona, diversament, aquest anirà perdent les possibilitats d'actuació a mesura que avança el procediment.

Personades les parts, aquestes es podran instruir de les actuacions o del testimoni, per la qual cosa se'ls en donarà vista –mitjançant lliurament– durant el termini de tres dies. La instrucció es realitzarà en l'ordre fixat legalment, de primer l'apel·lant, a continuació l'apel·lat, i finalment, si escau, el Ministeri Fiscal (article 229 de la Llei d'enjudiciament criminal).

c) Vista

Tornades les actuacions, s'assenyalarà dia per a la vista, en la qual finalitzarà la possibilitat de les parts de presentar l'única prova admissible fins aleshores, és a dir, els documents justificatius de les seues pretensions (articles 231 de la Llei d'enjudiciament criminal).

La vista tindrà lloc amb l'assistència o no de les parts, i no se'n podrà acordar la suspensió per cap motiu.

Els advocats de les parts i el Ministeri Fiscal realitzaran els informes corresponents en la vista. Formularan al·legacions en defensa de les pretensions respectives, per a la revocació o la confirmació de la interlocutòria apel·lada. En aquest acte es delimita l'àmbit objectiu del recurs i, per tant, l'amplitud del seu efecte devolutiu, atès el que l'apel·lant puga deixar fora de la seua impugnació.

d) Resolució

La competència funcional per a la resolució del recurs d'apel·lació correspon, segons els casos, a l'audiència provincial (article 82.1.2 de la Llei orgànica del poder judicial) o a la sala penal de l'Audiència Nacional (article 65.5 de la Llei orgànica del poder judicial); així mateix, en els supòsits d'aforament, a la sala civil i penal dels tribunals superiors de justícia o a la sala penal del Tribunal Suprem (article 220.2 de la Llei d'enjudiciament criminal en relació amb els articles 57.2 i 3, així com 73.3.c) de la Llei orgànica del poder judicial).

Es resoldrà en forma d'interlocutòria. El seu sentit podrà ser estimatori, amb reforma o anul·lació de la resolució impugnada; o desestimatori, amb la seua confirmació.

Si el recurs es va admetre en ambdós efectes, i és desestimat, les actuacions originals es tornaran a l'òrgan instructor i s'alçarà la suspensió (article 232 de la Llei

d'enjudiciament criminal). Si es va admetre en un sol efecte, i ha finalitzat i elevat el sumari per a resolució, la desestimació del recurs suposarà la continuació del procés sense que hi siga aplicable l'article 232 de la Llei d'enjudiciament criminal. En aquest mateix supòsit, l'estimació comportarà la revocació de la interlocutòria de conclusió del sumari, i se li tornarà amb testimoni de la interlocutòria resolutòria de l'apel·lació per a la pràctica de les diligències que deriven d'aquesta resolució (article 622.4 de la Llei d'enjudiciament criminal).

B) Procediment abreujat

La reforma parcial de la Llei d'enjudiciament criminal donada per LO 8/2002, de 24 d'octubre, ha generalitzat el recurs d'apel·lació en el procediment abreujat. Ara és admissible davant les interlocutòries dictades pel jutge d'instrucció i, a més a més, les del jutge penal, sempre que no estiguen exceptuades de recurs, i sense que calga interposar prèviament el de reforma per presentar apel·lació (article 766.1 i 2 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Amb caràcter general, l'apel·lació s'admetrà en un sol efecte, però en certs casos serà admissible en ambdós efectes.

Amb caràcter general no tindrà efecte suspensiu, com ho demostra el fet que en la regulació del procediment s'al·ludeix al testimoni de particulars i, sobretot, que l'audiència pot reclamar excepcionalment les actuacions per consultar-les, sempre que amb això no se'n veja obstaculitzada la tramitació (article 766.3 de la Llei d'enjudiciament criminal). Tanmateix, sembla que es donarà almenys en el supòsit establert en l'article 779.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, ja que si es procedeix a l'execució d'allò que s'ha resolt en defecte de recurs, dona entenent que si hi haguera recurs no se'n procediria a l'execució.

El procediment presenta especialitats respecte al procés ordinari. Es caracteritza per l'escriptura. L'extensió de l'efecte devolutiu es determina en els escrits de recurs o d'al·legacions davant aquest, i en aquests escrits s'han de presentar els documents justificatius de les pretensions respectives. Sent així, contràriament al que s'ha vist en el procés ordinari, només es realitzarà acte de vista excepcionalment (com els supòsits de l'article 766.5 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Es presentarà recurs mitjançant escrit, en els cinc dies següents a la notificació de la interlocutòria objecte de recurs o de la resolutòria del de reforma, en el qual s'exposaran els motius del recurs, s'assenyalaran els particulars que hagen de

testimoniar-se i s'hi adjuntaran, si escau, els documents justificatius de les pretensions formulades (article 766.3 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Si es va formular recurs d'apel·lació subsidiari a la reforma i és desestimat de forma total o parcial, prèviament es traslladarà al recurrent per un termini de cinc dies per formular al·legacions i perquè pugui presentar, si escau, documents justificatius (article 766.4).

Admès el recurs, es traslladarà a les altres parts per un termini comú de cinc dies perquè puguin al·legar el que estimen convenient, assenyalar altres particulars que hagen de testimoniar-se i presentar documents acreditatius.

En els dos dies següents a la finalització del termini es remetran els testimonis de particulars a l'audiència respectiva, que resoldrà en cinc dies. Excepcionalment podrà reclamar les actuacions per a la seua consulta sempre que això no n'obstaculitzi la tramitació.

Només es donarà vista a sol·licitud de l'apel·lant si en la interlocutòria objecte de recurs s'acorda presó provisional; si es tracta de pronunciaments sobre altres mesures cautelars, a més, s'adoptarà si l'audiència ho creu oportú (article 766.5 de la Llei d'enjudiciament criminal).

C) Especialitats per als judicis ràpids

Com hem vist en l'apartat relatiu a la reforma, per als judicis ràpids es preveu la inadmissió del recurs davant la interlocutòria que declara suficients les diligències practicades (article 798.2.1 de la Llei d'enjudiciament criminal) i la que acorda l'obertura del judici oral (article 800.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). En canvi, preveu la procedència del recurs d'apel·lació davant el pronunciament del jutge sobre mesures cautelars davant l'imputat i, si escau, davant el responsable civil (article 798.3 de la Llei d'enjudiciament criminal).

D) Procediment de menors

Escau apel·lació davant la interlocutòria que resolga la reforma contra interlocutòries i providències dels jutges de menors (article 41.2 LO 5/2000).

Curiosament, aquest article 41.2, després d'assenyalar que contra interlocutòries i providències dels jutges de menors pot interposar-se reforma, es refereix només al fet que la interlocutòria que resolga la impugnació de la providència serà susceptible de recurs d'apel·lació, i oblida en la seua literalitat la interlocutòria que resolga la

impugnació d'una interlocutòria davant la qual no siga possible apel·lació directa d'acord amb l'article 41.3 LO 5/2000.

Contra les interlocutòries que posen fi al procediment o resolguen l'incident dels articles 14, 28, 29 i 40 de la LO 5/2000 sobre responsabilitat penal dels menors, escau apel·lació directa, sense necessitat de reforma prèvia, davant l'audiència provincial pels tràmits establerts en la Llei d'enjudiciament criminal per al procediment abreujat (article 41.3 LO 5/2000).

E) Procés del tribunal del jurat

L'article 36 de la Llei orgànica del tribunal del jurat permet plantejar qüestions prèvies en el moment de la personació de les parts, que donaran lloc a incidents que es tramitaran com preveuen els articles 668 a 677 de la Llei d'enjudiciament criminal. Excepte en aquells casos que l'incident concloga amb interlocutòria de sobreseïment lliure i, per això, definitiu, la interlocutòria serà de no entrar en el fons. En tot cas, l'article 846 *bis b) a f)* de la Llei d'enjudiciament criminal estableix una tramitació específica per a tots els supòsits que estudiarem en les pàgines següents.

Com a característica principal, el recurs d'apel·lació es presenta sempre com a extraordinari, fins i tot quan s'impugna interlocutòria definitiva o sentència. Com més avant estudiarem, així s'infereix de l'article 846 *bis c)* de la Llei d'enjudiciament criminal, que estableix els motius en què s'ha de fonamentar el recurs d'apel·lació. D'altra banda, es presenta com a recurs devolutiu, ja que el coneixerà la sala civil i penal del tribunal superior de justícia de la comunitat autònoma on es trobe l'audiència provincial a la qual estiga adscrit el magistrat president del tribunal del jurat (article 846 *bis a* de la Llei d'enjudiciament criminal).

3. APEL·LACIÓ DE CERTES SENTÈNCIES

Davant les sentències del procés penal hi ha previstes dues alternatives de recurs: el d'apel·lació, per a les qüestions de «poca» gravetat, conegudes per òrgans unipersonals; o el de cassació, per a les més greus, conegudes pels òrgans col·legiats.

El recurs d'apel·lació escau davant sentències dictades pels jutjats penals —o centrals penals— en el procés abreujat, i pels jutjats d'instrucció i de pau en el procés de faltes. El de cassació, com veurem en el capítol següent, davant sentències dictades en judicis orals davant l'audiència provincial, sala penal de l'Audiència Nacional, i del tribunal superior de justícia.

Aquest sistema de recursos, que imposa majors limitacions segons el superior ordre jeràrquic de l'òrgan jurisdiccional que dicta la resolució, se sosté per les majors garanties que implica l'enjudiciament pels òrgans col·legiats respecte als unipersonals. No deixa de ser una aspiració el seu possible perfeccionament mitjançant l'ampliació de l'apel·lació, ja que la qualitat revisora és clarament superior; com també mitjançant la generalització de la cassació, per afavorir sens dubte la uniformitat jurisprudencial.

A) Apel·lació de sentències dictades pels jutges penals –o centrals penals– en el procediment abreuja

Són apel·lables les sentències dictades pel jutge penal o central penal en el procediment abreuja (article 790.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

És dubtosa la procedència de recurs davant la interlocutòria a què es refereix l'article 788.5 de la Llei d'enjudiciament criminal, per la qual el jutge penal es declare incompetent, done per acabat el judici i remeta les actuacions a l'audiència competent quan totes les acusacions qualifiquen els fets com a delictes castigats amb pena que excedisca la competència del jutge penal. Encara que aquesta interlocutòria suposa traslladar el coneixement de l'assumpte a un altre òrgan jurisdiccional, com l'audiència provincial o la sala penal de l'Audiència Nacional, el text del nou article 766.1 de la Llei d'enjudiciament criminal sembla autoritzar-ho, ja que es podrà interposar recurs davant interlocutòries sempre que, com passa en aquest cas, no estiguen exceptuats.

a) Interposició

El recurs s'ha d'interposar en un termini de deu dies a partir de l'última notificació de la sentència davant el mateix jutjat que va dictar la resolució impugnada (article 790.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

S'interposarà mitjançant escrit en què, a més de fixar-se un domicili per a notificacions al lloc on l'audiència tinga la seu, es delimitarà l'àmbit del recurs amb l'exposició de les al·legacions, segons l'article 790.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, pel que fa a:

1a La nul·litat de la sentència per trencament de les normes i garanties processals. Es requereix acreditació d'haver demanat l'esmena de la falta o infracció en la primera instància, llevat que s'haja produït en un moment en què no era possible aquesta.

L'article 790 considera el cas que el trencament genere indefensió i no admeti esmena. En aquest cas s'hauran de citar les normes legals o constitucionals infringides i expressar les raons de la indefensió. Tanmateix, cal no oblidar que certes peticions de nul·litat no requereixen indefensió (per exemple, els supòsits de l'article 238.1 i 2 de la Llei orgànica del poder judicial).

I per al cas que la petició anterior siga desestimada –o no s'haja formulat–:

2a La reforma de la sentència per errors en l'apreciació de les proves, amb arguments sobre la concurrència d'aquests errors en relació amb aquella que, segons el parer del recurrent, és l'apreciació correcta.

3a La reforma de la sentència per infracció de normes de l'ordenament jurídic en què es base la impugnació. Indicacions sobre les infraccions en relació amb la determinació, interpretació i aplicació de les normes corresponents.

La reforma pot derivar igualment de l'aplicació procedent de distintes normes jurídiques com a conseqüència de l'apreciació sense errors de les proves d'acord amb la petició anterior.

b) Admissió i possible efecte suspensiu

Competent per a l'admissió de l'apel·lació, sense perjudici del recurs de queixa davant la inadmissió, és el mateix òrgan que va dictar la resolució impugnada. L'admetrà si posseeix els requisits exigits o, si el defecte és esmenable, concedirà un termini no superior a tres dies per a esmena (article 790.3 de la Llei d'enjudiciament criminal).

L'efecte suspensiu de les sentències condemnatòries a penes de privació de llibertat escaurà en els termes i les condicions que estableix l'article 80 del Codi Penal. D'altra banda, la Llei d'enjudiciament criminal pressuposa l'efecte suspensiu dels pronunciaments civils acumulats al penal, i no d'una altra manera «seran susceptibles d'execució provisional» (article 989 de la Llei d'enjudiciament criminal). En tot cas, durant la suspensió es podran adoptar o modificar mesures cautelars. D'altra banda, en les sentències absolutòries, l'alçament acordat de mesures cautelars s'hauria d'executar (ORTELLS).

c) Citació a termini i instrucció de les parts per a oposició i/o impugnació

Admès el recurs, es traslladarà a les altres parts per un termini comú de deu dies. Les parts hi podran formular al·legacions (article 790.5 de la Llei d'enjudiciament criminal).

És dubtós que aquestes al·legacions, a més d'oposar-se al recurs, consistisquen en la impugnació de la resolució impugnada com a conseqüència d'eliminar l'al·lusió a la «impugnació o adhesió» de la literalitat del modificat i desplaçat sistemàticament article 795.4 de la Llei d'enjudiciament criminal, la regulació del qual, des de la LO 8/2002, de 24 d'octubre, es troba *mutatis mutandi* en l'actual article 790.5 de la Llei d'enjudiciament criminal.

Presentades les al·legacions o exhaurit el termini, les actuacions seran elevades al tribunal competent per a conèixer de l'admissió i pràctica de la prova, així com de la resolució del recurs. Hi serà competent l'audiència provincial quan la resolució impugnada haja estat dictada pel jutjat penal, i la sala penal de l'Audiència Nacional quan l'haja dictada el jutjat central penal.

d) Prova en la segona instància

L'apel·lació penal, com la civil, respon al model d'apel·lació limitada ja que, en principi, l'audiència corresponent resoldrà amb les proves practicades davant el jutjat.

Semblantment al que l'article 460.2,1 a 3 de la Llei d'Enjudiciament Civil estableix per al procés civil, l'article 790.3 de la Llei d'enjudiciament criminal autoritza a sol·licitar en l'escrit de formalització del recurs d'apel·lació la pràctica de les diligències de prova que no va poder proposar en la primera instància, de les proposades que li van ser indegudament denegades, sempre que haja formulat en el seu moment la protesta oportuna, i de les admeses que no van ser practicades per causes que no li siguen imputables.

S'ha eliminat la necessitat que la petició es realitze exposant les raons per les quals la falta d'aquelles diligències de prova ha produït indefensió. Exigència que es trobava en el modificat i desplaçat sistemàticament article 795.3 de la Llei d'enjudiciament criminal, la regulació del qual, des de la LO 8/2002, de 24 d'octubre, es troba *mutatis mutandi* en l'actual article 790.3 de la Llei d'enjudiciament criminal.

La prova es proposarà davant l'òrgan que va dictar la resolució impugnada. El recurrent, en l'escrit de formalització; les altres parts, en els escrits d'al·legacions, tant si és d'oposició com d'adhesió (article 790.3 i 5 de la Llei d'enjudiciament criminal). L'admissió de la prova la decidirà l'audiència en el termini de tres dies des de la

recepció de les actuacions i, si és admesa, es practicarà en el primer moment de la vista (article 791 de la Llei d'enjudiciament criminal).

e) Vista

La vista no és sempre necessària. Només s'assenyalarà dia per a la vista si s'ha admès prova o quan, d'ofici o a instància de part, el tribunal l'estime necessària per a la correcta formació d'una convicció fonamentada (article 791.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). En aquest últim cas, sense perjudici dels poders oficials del tribunal, consistirà en l'informe argumentatiu i conclusiu per les parts respecte del material ja contingut en els escrits de formalització i d'al·legacions corresponents.

La vista s'assenyalarà dins els quinze dies següents a la recepció de les actuacions per l'audiència. Les parts seran citades i, a més, caldrà informar-ne la víctima en tot cas, encara que no s'haja mostrat part ni calga la seua intervenció (article 792.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

f) Resolució mitjançant sentència

La sentència pot ser de nul·litat per trencament de forma essencial del procediment. En aquest cas, sense entrar en el fons, ordenarà que es retrotraga el procediment a l'estat en què es trobava en el moment que es va cometre la falta, sense perjudici que els actes de contingut idèntic conserven la validesa malgrat la falta comesa (article 792.2 de la Llei d'enjudiciament criminal).

La sentència de fons pot ser d'absolució o de confirmació. S'ha d'atenir a la prohibició de la coneguda com a prohibició de la *reformatio in peius*, de manera que només es pot agreujar la condemna si consta petició per part diferent del condemnat.

La sentència és ferma, sense perjudici dels mitjans d'impugnació –no recursos– establerts davant aquestes resolucions (revisió i anul·lació). Les actuacions es tornaran al jutjat per executar-les immediatament i hauran de ser notificades als ofesos i perjudicats pel delictes, encara que no s'hagen mostrat com a part (article 792.3 i 4 de la Llei d'enjudiciament criminal).

B) Especialitats en l'apel·lació de sentències dictades pels jutges penals en els anomenats «judicis ràpids»

L'article 803 de la Llei d'enjudiciament criminal remet a la regulació anterior, però amb unes especialitats que, a més de declarar el caràcter urgent de la tramitació i la resolució, consisteixen en la reducció de terminis a la meitat.

El termini perquè el recurrent presente escrit de formalització i les altres parts d'al·legacions es redueix a la meitat: passa de deu a cinc dies. El termini previst per a dictar sentència es redueix gairebé a la meitat: de cinc a tres dies des de la vista; i de deu a cinc des de la recepció de les actuacions si no n'hi hagué.

C) Apel·lació de sentències dictades pels jutges de pau o d'instrucció en processos per faltes

En l'apel·lació del judici de faltes és específic l'òrgan competent funcionalment per a conèixer del recurs segons l'òrgan jurisdiccional que va dictar la resolució impugnada. Si es tracta de sentència del jutge de pau (article 14.1 de la Llei d'enjudiciament criminal), el jutjat d'instrucció del partit (article 87.1.d de la Llei orgànica del poder judicial); si és del jutge d'instrucció, que serà el supòsit més habitual, l'audiència provincial, si bé en aquest cas es constituirà amb un sol magistrat, mitjançant un torn de repartiment (article 82.2 de la Llei orgànica del poder judicial).

El termini per a la formalització de l'apel·lació es redueix, com en els judicis ràpids, a la meitat: cinc dies (article 976 de la Llei d'enjudiciament criminal). En tota la resta es remet a allò que hi ha establert per a l'apel·lació de sentències (articles 790 a 792 de la Llei d'enjudiciament criminal).

El recurs s'admetrà en ambdós efectes, ja que la sentència impugnada es durà a efecte immediatament només si no hi ha apel·lat cap de les parts (article 794 de la Llei d'enjudiciament criminal).

La sentència d'apel·lació es notificarà en tot cas als ofesos i perjudicats per la falta, encara que no s'hagen mostrat part (article 976.3 de la Llei d'enjudiciament criminal). I contra aquesta sentència no es pot interposar cap recurs (article 977 de la Llei d'enjudiciament criminal).

D) Apel·lació de sentències i interlocutòries dictades en el procés davant el tribunal del jurat

Les sentències dictades pel magistrat president del tribunal del jurat seran apel·lables perquè siguin resoltes per la sala civil i penal del tribunal superior de justícia de la comunitat autònoma corresponent, composta per tres magistrats. Igualment, seran apel·lables les interlocutòries que resolen les qüestions prèvies que estableix l'article 36 de la Llei orgànica del tribunal del jurat i les de l'article 676 de la Llei d'enjudiciament criminal (article 846 *bis a* de la Llei d'enjudiciament criminal).

El termini per a interposar el recurs és el general de deu dies. I es considera expressament la possibilitat de formular apel·lació en el tràmit d'oposició al recurs, ara en el termini de cinc dies des que se li va traslladar l'apel·lació. Aquest recurs queda supeditat al fet que l'apel·lant inicial mantinga el seu (article 846 *bis b* i *d* de la Llei d'enjudiciament criminal), de manera que si l'apel·lant principal no es persona o manifesta la seua renúncia al recurs, es tornaran les actuacions a l'audiència provincial, la sentència es declararà ferma i es procedirà a la seua execució (article 846 *bis d* 3).

Amb tot, l'aspecte més destacable d'aquesta apel·lació és que s'ha de fonamentar en algun dels motius que estableix l'article 846 *bis c*) de la Llei d'enjudiciament criminal, la qual cosa suposa crear un recurs autènticament similar a la cassació. Aquests motius són:

a) Trencament de les normes i garanties processals en el procediment o en la sentència, que provoqe indefensió, i sempre que s'haja efectuat la reclamació d'esmena oportuna, tret que implique la vulneració d'un dret fonamental garantit constitucionalment.

b) Infracció de precepte constitucional o legal en la qualificació jurídica dels fets, en la determinació de la pena, de les mesures de seguretat o de la responsabilitat civil.

c) Desestimació indeguda de la sol·licitud de la dissolució del jurat per inexistència de prova de càrrec, després de la protesta prèvia a l'hora de produir-se la infracció.

d) Dissolució improcedent del jurat, després de la protesta prèvia a l'hora de produir-se la infracció.

e) Vulneració del dret a la presumpció d'innocència perquè, davant la prova practicada en el judici, la condemna imposada no té base raonable.

Conclosos els terminis d'oposició a l'apel·lació principal o, si escau, a la «supeditada», se citaran a termini totes les parts davant la sala civil i penal del tribunal superior de justícia perquè es personen abans de deu dies. Personat l'apel·lant, s'assenyalarà vista del recurs, se citaran les parts personades i, en tot cas, el condemnat i el tercer responsable civil, tal com disposa l'article 846 *bis e*).

La sentència es dictarà en els cinc dies següents a la vista. Si estima els motius *a)* i *d)* anteriors, ordenarà tornar la causa a l'audiència perquè tinga lloc un nou judici. En els altres casos, dictarà la resolució escaient (article 846 *bis f*).

V. EL RECURS DE CASSACIÓ

1. QÜESTIONS GENERALS

A) Origen i formació del recurs de cassació penal actual

La cassació, al marge d'altres antecedents més o menys remots, naix en el context ideològic de la Revolució Francesa de la fi del segle XVIII (ORTELLS, capítol 22, *Dret processal civil*). La seua instauració a França per l'Assemblea Constituent de 1790 pretenia protegir els principis suprems de separació dels poders estatals i d'igualtat dels ciutadans davant la llei.

La divisió de poders no implicava necessàriament igualtat entre aquests. De fet, el poder judicial quedava supeditat al legislatiu, de manera que el primer tenia prohibit immiscir-se en l'exercici del segon. La igualtat davant la llei comportava que aquesta havia de ser única per a tots. I la supremacia de la llei es manifesta fins al punt que es considerava que la llei contenia tot el dret i, per tant, els tribunals no podien interpretar-la.

Així doncs, la cassació tan sols podia tenir una funció «nomofilàctica» i, en els orígens, la *Court* no tenia caràcter jurisdiccional a pesar de conèixer de la cassació. La seua missió era defensar un aspecte de la separació de poders: la llei davant els desconeixements que en podien tenir els tribunals. La seua funció, més que jutjar sobre el *ius litigatoris*, és a dir, sobre les demandes de les parts, es destinava a defensar el *ius constitutionis* o, en altres paraules, la vigència de la llei en les resolucions judicials.

Aquesta funció es complia coneixent l'error *in procedendo*, per anul·lar el procediment, o bé l'error *in iudicando*, per anul·lar la sentència. Aquest últim motiu, basat en un primer moment en el fet que el tribunal considerava existent una llei derogada o inexistent una de vigent, es va anar ampliant amb el temps a la interpretació errònia, a l'aplicació indeguda de la llei, fins a admetre qualsevol error de dret.

Al mateix temps, comença a reconèixer-se la jurisprudència i, doncs, la necessitat d'unificar-la. Precisament quan l'òrgan jurisdiccional ordinari queda vinculat per la

sentència de cassació per error *in iudicando*, culmina la seua formació en recurs, de caràcter extraordinari, i l'òrgan que la coneix deriva en jurisdiccional.

La recepció de la cassació francesa en l'ordenament jurídic espanyol és discutida. D'una banda, s'afirma que es va originar com a fruit del recurs de nul·litat davant el Tribunal Suprem de Justícia, creat en l'article 261.9 de la Constitució de 1812 (FAIRÉN); d'altra banda, que es tracta del mateix recurs, però adaptat al sistema espanyol (JIMÉNEZ CONDE).

La veritat és que el Tribunal Suprem espanyol fou un òrgan jurisdiccional i no polític des dels orígens. I, sense perjudici dels possibles antecedents, el recurs de cassació (civil) pròpiament no apareix fins al Reial Decret de 4 de novembre de 1838. Tanmateix, en l'ordre penal, la seua aparició encara fou més tardana, potser per la idea d'una especial necessitat de rapidesa de la justícia penal, per a evitar la desnaturalització del recurs davant el risc que es convertira en una nova instància, i també per la falta d'interès en un control jurídic, deguda a una manca d'interès sociopolític en l'aplicació de la llei (ORTELLS). Això últim perquè, davant el fet que la mateixa crueltat de la legislació penal era temperada en el seu rigor aplicatiu pels jutges, no interessava la supervisió de la cassació amb aquesta situació (ALMAGRO).

Deixant de banda el Reial Decret de 20 de juny de 1852, que es limitava a concedir la cassació exclusivament per a les causes de contraban i defraudació en els articles 96 a 113, la cassació penal s'implanta amb caràcter general més de trenta anys després de la cassació civil, concretament a partir de la llei de 18 de juny de 1870 (article 17).

Es va incloure en el capítol I, títol VI, del llibre II (articles 796 a 891) de la Llei d'enjudiciament criminal tal com es va redactar en 1872, i posteriorment en els articles 847 a 953 de la Llei d'enjudiciament criminal de 14 de setembre de 1882. A partir de llavors, i fins a la configuració actual, ha patit diverses reformes d'importància (entre altres, les lleis de 28 de juny de 1933, de 16 de juny de 1949, de 27 de març de 1985, i la de 19 de juliol de 1988).

B) Concepte de cassació: caràcter extraordinari, àmbit limitat i tendència a la flexibilització

El concepte de recurs de cassació ha estat objecte d'atenció per part de la doctrina al llarg del temps. Segons GÓMEZ ORBANEJA, mitjançant el recurs de cassació, i amb efecte suspensiu i devolutiu –total o parcial– es demana a un tribunal suprem, únic en la seua classe, l'anul·lació de resolucions definitives dels tribunals

inferiors, no subjectes per si mateixes o no subjectes ja a cap altra impugnació, per errors de dret substantiu o processal.

Coneix d'aquest recurs tant la sala segona com la sala cinquena del Tribunal Suprem. Igualment, es delimiten de forma clara les modalitats de cassació per infracció de llei i per trencament de forma (ORTELLS).

En la mesura que un mateix òrgan jurisdiccional coneixerà dels recursos de cassació penal, serà possible fixar i unificar la jurisprudència. No obstant això, no hi ha cassació per infracció de la jurisprudència ni, com en el procés civil, recurs penal en interès de llei.

La cassació penal té efecte devolutiu. L'extensió d'aquest efecte dependrà dels motius concrets en què el recurrent haja fonamentat la cassació.

Amb caràcter general, tindrà igualment efecte suspensiu, ja que no s'executarà fins que transcorregui el termini de preparació (article 861 *bis a*) de la Llei d'enjudiciament criminal). En cas que haja estat preparat per un dels processats, es podrà dur a terme respecte als altres. Ara bé, la sentència, que mai no els perjudicarà en allò que siga desfavorable, els aprofitarà en allò que siga favorable, sempre que es troben en la mateixa situació que el recurrent i els siguen aplicables els motius al·legats pels quals es declare la cassació de la sentència (articles 861 *bis b*) i 903 de la Llei d'enjudiciament criminal).

També acordarà en la mateixa resolució que continue o es modifiqui la situació del reu o reus i el que pertoque quant a responsabilitats pecuniàries, i adoptarà els acords procedents durant la tramitació del recurs per assegurar en tot cas l'execució de la sentència que recaiga.

Els pronunciaments sobre responsabilitat civil seran susceptibles d'execució provisional «d'acord amb el que disposa l'article 385 de la Llei d'enjudiciament civil» (article 989 de la Llei d'enjudiciament criminal), que actualment ha de remetre a allò que estableixen els articles 524 i següents de la Llei d'enjudiciament civil.

Si la sentència objecte de recurs té sentit absolutori, no tindrà efecte suspensiu, almenys respecte a la situació de presó del reu, ja que si està pres, serà posat en llibertat (article 861 *bis a*) *in fine* de la Llei d'enjudiciament criminal). No hi ha cap regulació, però, sobre l'alçament de mesures cautelars.

D'altra banda, potser l'aspecte més significatiu del recurs de cassació penal és el seu caràcter extraordinari i limitat. Tan sols escau si es donen els requisits especials que determina la llei, principalment aquests:

1r) L'admissibilitat depèn del fet que la seua interposició es fonamenta en algun dels motius que la llei enuncia.

2n) La seua obertura o utilització es permet únicament per a impugnar determinades resolucions no fermes establertes pel legislador.

3r) S'estableix un tràmit especial per a examinar l'admissibilitat del recurs, destinat a comprovar que el recurrent s'ha subjectat als límits de causes i motius.

La càrrega de constitució d'un dipòsit (articles 857 i 875 de la Llei d'enjudiciament criminal), i fins i tot la necessitat de fer constar fets provats en la sentència penal –introduïda per a delimitar la part de la sentència no susceptible de ser revisada en cassació–, són igualment manifestacions d'aquest caràcter extraordinari.

Tot això, segons la jurisprudència, no vulnera la tutela judicial sinó que, al contrari, garanteix l'economia processal i per tant el dret a evitar dilacions injustificades. Així, els requisits i les limitacions establertes imperativament per la Llei d'enjudiciament criminal són d'observança indefugible per tal de garantir la finalitat del recurs extraordinari de cassació relativa al control de la legalitat aplicada en la instància. I a més a més, evita la desnaturalització de la cassació en una segona instància. Per tot això, no es tracta de meres formalitats i el seu incompliment justifica la inadmissió del recurs.

Aquest caràcter extraordinari, com el qualifica l'article 57.1.1 de la Llei orgànica del poder judicial, condueix a la limitació en l'àmbit de coneixement judicial amb relació a les resolucions impugnades, els motius i el procediment establert.

Com a contrapartida, el Tribunal Constitucional ha posat de manifest que la consideració i el reconeixement del dret al recurs té com a efecte una certa flexibilització del rigorisme de la cassació penal, sobretot pel que fa als requisits formals d'admissibilitat.

La tutela judicial efectiva, que comprèn per natural extensió el dret al recurs i a les diverses instàncies judicials previstes en les lleis, imposa als jutges i tribunals que, en el control dels requisits formals que en condicionen la vàlida interposició, utilitzen criteris interpretatius que siguin favorables a accedir al recurs i eviten incórrer en el rigor formalista de limitar-se a una aplicació automàtica i literal dels preceptes legals, que porte a negar el recurs per una irregularitat formal esmenable, sense donar a l'interessat l'oportunitat d'esmenar-la (sentència del Tribunal Constitucional 95/1988, de 25 de maig).

La mateixa flexibilització de requisits en pressuposa evidentment la concurrència. Tanmateix, el legislador no pot establir obstacles excessius, formalistes o desproporcionats per a accedir al recurs, i la interpretació que el jutge faça d'aquells haurà de ser tractada restrictivament, de manera que siga la més favorable a l'admissió.

Altres manifestacions d'una certa tendència a l'amplitud del recurs de cassació són:

a) En principi, la cassació exclou qualsevol alteració de la base fàctica de què parteix la sentència. No obstant això, amb les últimes reformes, i sobretot des de la redacció donada a l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal per la Llei 6/1985, de 27 de març, és possible un cert control dels errors fàctics en l'apreciació de la prova, basat en documents que consten en les actuacions i que demostren l'equivocació del jutge sense ser contradits per altres elements probatoris.

b) Una línia jurisprudencial i doctrinal, basada en l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial, sosté la creació d'un recurs de cassació per infracció de precepte constitucional, no identificable amb cap de les modalitats de cassació per trencament de forma o infracció de llei. Encara que aquesta línia jurisprudencial ens sembla incorrecta, almenys, no es pot considerar inadmissible una cassació per infracció de preceptes constitucionals per la seua dificultat d'encaixar en els motius legals de cassació ni, encara menys, per no citar la via de recurs. La mera invocació de l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial i, en tot cas, la interpretació correcta dels articles 849 a 851 de la Llei d'enjudiciament criminal, ha de permetre la introducció de la infracció de precepte constitucional com a motiu de cassació.

Ja abans de la promulgació de la Llei orgànica del poder judicial, la doctrina del Tribunal Constitucional i de la mateixa sala segona del Tribunal Suprem, tenint en compte la naturalesa de la norma constitucional com a llei suprema i bàsica, i l'especial força vinculant directa dels drets fonamentals, no supeditada a cap intermediació legal, segons que es desprèn de l'article 53.1 de la Constitució espanyola, havia pogut ja incorporar a l'àmbit de la cassació penal la vulneració d'aquests drets mitjançant l'ampliació de la via establerta en els números 1r i 2n de l'article 849 de la Llei d'enjudiciament criminal, i no s'adverteix cap raó per la qual aquesta via siga incompatible pel fet que l'esmentat article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial consigne expressament la infracció de precepte constitucional com a fonament del recurs de cassació en tots els casos en què escaiga segons la llei (sentència del Tribunal Constitucional 71/1992, de 13 maig).

II. RESOLUCIONS RECURRIBLES

Objecte del recurs són les resolucions concretes que determinen els articles 847 i 848 de la Llei d'enjudiciament criminal, que constitueixen *numerus clausus*, i específicament, les seues decisions i no els fonaments jurídics que en són la base.

A) Sentències

Són recurribles, segons l'article 847 de la Llei d'enjudiciament criminal, tant per infracció de llei com per trencament de forma, les sentències que dicten:

a) Les audiències provincials o l'Audiència Nacional en judici oral i en única instància.

b) Les sales civil i penal del tribunal superior de justícia de la comunitat autònoma corresponent en única instància en els supòsits d'atribució de competència objectiva per aforament, d'acord amb l'article 73,3 a) i b) de la Llei orgànica del poder judicial; o en segona instància en cas de recurs d'apel·lació contra la sentència dictada pel magistrat president en judici per tribunal del jurat celebrat en l'àmbit de l'audiència provincial.

L'article 847 de la Llei d'enjudiciament criminal s'ha de matisar respecte a:

1r Altres resolucions diferents de sentència

No importa tant la forma que de fet i externament tinga la resolució impugnada, com la forma que corresponga d'acord amb el seu objecte, de manera que inclouria altres resolucions com les interlocutòries quan escaiga forma de sentència.

2r Sentències de conformitat. Encara que l'article 847 requereix que haja estat precedida de judici oral, la qual cosa, almenys de manera completa, és impedita o interrompuda per la mateixa conformitat, es pot recórrer quan abans de la resolució del recurs es dicte una llei més favorable al reu, si s'impugna algun o alguns dels requisits essencials de la mateixa conformitat, o en general, quan estiga en joc el principi de legalitat, sempre que de la descripció fàctica escaiga estimar la comissió d'un delictes diferent del penat.

3r Sentències del tribunal del jurat

El precepte oblida les sentències dictades en única instància en judici per jurat celebrat en l'àmbit del tribunal superior de justícia. La necessitat d'establir un

mecanisme perquè la resolució pugui ser objecte de recurs (article 14.5 del Pacte Internacional de Drets civils i Polítics), la improcedència de l'apel·lació en aquest supòsit (article 795 de la Llei d'enjudiciament criminal) i, sobretot, les conseqüències que tindria la solució contrària, aconsellen entendre que podran ser recurribles en cassació.

D'altra banda, s'han manifestat (CORTÉS) dubtes sobre la possibilitat d'impugnació (pel motiu de l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal) de les sentències dictades en apel·lació contra les que hagen dictat en primera instància els magistrats presidents del tribunal del jurat, ja que la Llei de jurat no permet tractar la valoració fàctica probatòria que facen els jurats.

4t Sentències dictades pel Tribunal Suprem

No són recurribles, ja que l'article 847 de la Llei d'enjudiciament criminal no s'hi refereix i, a més a més, el nostre ordenament processal no compta amb un tribunal superior per a revisar.

Certes persones gaudeixen, *ex Constitutione*, en virtut de càrrec seu, d'una protecció especial que contraresta la impossibilitat d'acudir a una instància superior, i es pot afirmar que aquestes garanties particulars que acompanyen senadors i diputats disculpen la manca d'un segon grau jurisdiccional, per elles mateixes i perquè l'òrgan encarregat de conèixer les causes en què puguin trobar-se implicats és el superior en la via judicial ordinària (sentència del Tribunal Constitucional 51/1985, de 10 d'abril de 1985).

B) Interlocutòries

D'acord amb l'article 848, només són recurribles mitjançant recurs de cassació per infracció de llei les interlocutòries dictades:

a) En apel·lació per la sala civil i penal dels tribunals superiors de justícia, en els casos que la llei ho autoritzi expressament.

b) Amb caràcter definitiu per les audiències, sempre que una disposició legal declare expressament que són recurribles en cassació.

L'article 848 de la Llei d'enjudiciament criminal resulta altament problemàtic, en primer lloc, perquè es refereix a un supòsit, el del punt a), que no sembla permetre en cap cas el recurs, ja que no s'admet expressament que cap interlocutòria siga recrible; en segon lloc, perquè l'exigència que la llei ho autoritzi expressament o que una

disposició legal declare expressament que són recurribles en cassació, dificulta la seua extensió a autoritzacions tàcites o analògiques. De fet, interlocutòries resolutòries de qüestions realment importants no tenen concedida expressament la recurribilitat (per exemple, la interlocutòria que confirma en apel·lació la inadmissió de la querella sobre la base que els fets no són constitutius de delictes).

La interlocutòria sobre la fixació del «màxim» compliment de les penes imposades en processos separats d'acord amb l'article 76 del Codi Penal, junt amb la interlocutòria de sobreseïment lliure, en els termes de l'article 848.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, és clarament recurrible d'acord amb l'article 988 de la Llei d'enjudiciament criminal *in fine*, encara que la seua legitimació es limita al Ministeri Fiscal i al condemnat.

És clarament recurrible la interlocutòria per la qual s'abona indegudament, o no s'abona, el temps de privació de llibertat patit preventivament tal com disposa l'article 58 del Codi Penal (és definitiu, i la seua recurribilitat expressa es troba en l'article 4 de la Llei de 17 de gener de 1901). Si el còmput s'ha realitzat en la sentència, serà recurrible igualment, però ara d'acord amb els articles 847 i 849 de la Llei d'enjudiciament criminal. Davant qualsevol altre supòsit d'interlocutòria dictada en execució de sentència, en principi, no serà possible recurs de cassació, ja que no se'n reconeix expressament la recurribilitat. Particularment serà així quan el procediment en què s'acorde la interlocutòria s'haja tramitat mitjançant els incidents, que no té regulació específica en la nostra llei processal penal i, per tant, sense que les resolucions recurribles ni qualsevol altra qüestió estiguen regulats.

La jurisprudència assenyalava interlocutòries que són legalment recurribles. Les interlocutòries a què es refereixen els articles 25, 31 i 32, sobre qüestions de competència; la que denegue el requeriment d'inhibició, article 35; la que desistisca de la inhibició i resolga la competència, respectivament, articles 40 i 43; la resolució en què es declare que pugui haver-hi o no recusació, article 69,2; en què es repute com a falta el fet que haja originat la incoació del sumari, article 625; resolució de la declinatòria i contra la que admet les excepcions de la cosa jutjada, la de prescripció del delictes i la d'amnistia o indult, article 676; i també els supòsits de condemna condicional establerts en l'article 95 del Codi Penal (interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, de 14 de febrer de 1996).

A pesar del sentit literal de l'article 848 de la Llei d'enjudiciament criminal, que imposa l'expressa autorització per a recórrer, es mantenen dubtes importants, entre altres aspectes:

1a Interlocutòries resolutòries de la competència dels articles 25 *in fine*, 31.2 i 32 *in fine*; 35, 37.2, 40 i 43

A pesar que expressament se'n considera la recurribilitat, no compleixen l'exigència de ser resolucions definitives, és a dir, les que contenen un pronunciament sobre l'objecte del procés o impedeixen que sobre aquest es pugui donar. D'altra banda, si l'article 849.1 de la Llei d'enjudiciament criminal es referira exclusivament a la infracció de llei material, no es podria donar el recurs en cap cas, ja que només es pot haver infringit la llei processal.

Els mateixos dubtes es plantegen inicialment respecte a les interlocutòries dictades d'acord amb l'article 69 de la Llei d'enjudiciament criminal sobre recusació de magistrats. Tanmateix, l'article 228 de la Llei orgànica del poder judicial resol la qüestió perquè, tal com expressa, contra la decisió de la recusació no hi haurà cap recurs, sense perjudici que es pugui fer valer, en recórrer contra la resolució que decidisca el plet o la causa, la possible nul·litat d'aquesta.

2a Interlocutòries dictades en execució de sentència

La jurisprudència ha reconegut que les interlocutòries poden ser recurribles si resolen una qüestió que, en cas d'haver estat proposada per les parts en el moment processal oportú, hauria d'haver estat resolta en sentència. Així, per exemple, la taxació de costes practicada en execució a través del corresponent incident de liquidació d'interessos que culmina en la interlocutòria corresponent (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 14 de març de 1995).

Igualment serà recurrible si la decisió continguda en la interlocutòria objecte de recurs és una concreció relativa a un punt que forma part necessàriament de la decisió de la sentència, com la interlocutòria que determina en fase d'execució de sentència la responsabilitat civil del recurrent (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 22 de juliol de 1996), ja que la postergació, tècnicament difícil de justificar, d'una decisió pròpia de la sentència quedaria arbitràriament privada del recurs i es vulneraria el dret a la tutela judicial efectiva.

3a Interlocutòries de sobreseïment

D'acord amb l'article 848.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, només es consideren definitives si se n'ha acordat el sobreseïment lliure perquè els fets no són constitutius de delictes i algú es troba processat com a responsable d'aquests. De

manera que només es reputen definitives quan es dicten en virtut de l'article 637.2 de la mateixa llei.

En queden excloses la interlocutòria de sobreseïment provisional i la interlocutòria de sobreseïment lliure de l'article 637.1 de la Llei d'enjudiciament criminal (perquè el Tribunal Suprem no té facultats per a la determinació de la probabilitat dels fets). A més, és lògic que haja d'existir processat, tot i que n'hi haja hagut amb anterioritat, ja que és inútil que com a conseqüència de la cassació s'òbriga el judici oral si l'acusació no pot posteriorment dirigir-se davant una persona perquè no es troba processada.

Però la lògica del precepte no s'estén més enllà. GÓMEZ ORBANEJA argumenta que la raó de l'exclusió de la interlocutòria de sobreseïment per l'article 637.1 i 3 de la Llei d'enjudiciament criminal és que *«a tenor de lo dispuesto en el artículo 654, la Audiencia no expresa entonces en el Auto una estimación propia, sino que se hace eco de la petición de (todas) las partes acusadoras. De ese modo, debería ser recurrible cuando al menos una de las partes actoras, sosteniendo la acción penal, haya pedido la apertura del juicio»*. ORTELLS està d'acord amb aquesta opinió, però concretament respecte a la interlocutòria de sobreseïment dictada per l'article 637.3; i a més, a partir de la mateixa consideració critica la previsió incondicionada de recurribilitat de la interlocutòria dictada per l'article 637.2. En efecte, afirma que en el sobreseïment de l'article 637,2 de la Llei d'enjudiciament criminal es parteix del fet que aquest cas és l'únic en què la part està gravada per a recórrer. I això perquè en els altres casos la decisió s'haurà adoptat vinculada per les parts, mentre que ací s'ha desvinculat respecte a les peticions d'obertura. Però entén que el legislador ha errat en un sentit lògic en formular-ne les conseqüències: si un dels acusadors en va demanar el sobreseïment provisional o l'obertura i el tribunal sobreseu pel número tercer de l'article 637 a instància d'un altre acusador, el primer està gravat; i si se sobreseu pel número segon a instància de tots els acusadors, no hi ha gravamen per a cap.

El mateix Tribunal Suprem ha permès l'extensió del recurs de cassació als supòsits de l'article 637.3 de la Llei d'enjudiciament criminal, sobretot considerant que una causa de justificació equival a la falta de tipicitat (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 24 de gener de 1995).

A més, en qualsevol altre cas seria un contrasentit tan palmari com el fet que l'apreciació d'una causa de justificació o d'inculpabilitat feta a través del judici oral amb totes les garanties annexes a aquest seria recurrible davant el Tribunal Suprem, però no si aquest mateix pronunciament definitiu i eminentment absolutori s'ha acordat

mitjançant una interlocutòria de sobreseïment lliure, sostraint la interlocutòria a tot contrast. Aquesta conseqüència anòmala no preceptua de cap manera la llei processal (sentència del Tribunal Suprem, de 13 de maig de 1978). Fins i tot alguna sentència arriba a admetre, sense ni tan sols plantejar-se el problema de l'admissibilitat, la impugnació d'interlocutòries de sobreseïment lliure d'acord amb l'article 637.3 (per exemple, la sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 14 de març de 1994).

Així mateix, ha limitat la possibilitat de recórrer en cassació contra la interlocutòria de sobreseïment lliure, i no permet recurs de cassació en aquells supòsits en què es dicte en procediment en què la llei no permet cassació contra la sentència, com els que són competència del jutjat penal (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 5 de maig de 1997).

III. MOTIUS DE CASSACIÓ PER INTERÈS DE LLEI

S'entendrà que s'ha infringit la llei, en els termes de l'article 849 de la Llei d'enjudiciament criminal, quan:

1r Donats els fets que es declaren provats en les resolucions previstes en els articles 847 i 848, s'haja infringit un precepte penal de caràcter substantiu o una altra norma jurídica del mateix caràcter que haja de ser observada en l'aplicació de la llei penal.

2n Hi haja hagut error en l'apreciació de la prova, basat en documents que consten en les actuacions i que demostrin l'equivocació del jutgador sense resultar contradits per altres elements probatoris.

A) Infracció de llei segons l'article 849.1 de la Llei d'enjudiciament criminal

Exclusivament podrà obtenir-se una revisió de l'error *in iudicando in iure*, és a dir, del judici jurídic del jutgador en la sentència. Els fets han de ser completament respectats, no poden alterar-se en cap sentit, ni ampliat ni limitats.

No obstant això, cal matisar que:

- Es refereix a fets provats en un sentit no formalista. No es refereix només a la relació que l'article 248.3 de la Llei orgànica del poder judicial anomena «antecedents de fet», sinó que es poden trobar en altres parts de la sentència.

- El motiu pot tenir èxit, quant a l'aplicació del dret a altres fets diferents, si prèviament aquests han estat modificats a través de l'article 849.2.

- Els judicis de valor no són fets en sentit estricte (sentències del Tribunal Suprem, sala segona, de 5 de juny i 25 d'abril de 1997).

Ha d'infringir-se un precepte penal de caràcter substantiu o una altra norma del mateix caràcter que ha de ser observada en l'aplicació de la llei penal, és a dir, quan sobre els fets no s'ha aplicat la norma o ha estat aplicada de manera incorrecta.

No es tracta d'un error en la motivació en si, sinó en tant que aquesta afecta la decisió, que és on pot radicar el gravamen. Més que un error de tècnica jurídica pel que fa a la determinació i aplicació de la llei, es refereix a la influència d'això en la determinació de la seua força imperativa en el cas concret (ORTELLS). No n'hi ha prou, en definitiva, amb un error merament teòric, sinó que aquest ha de ser determinant de la decisió en la pràctica.

Els requisits que s'han de complir en la norma infringida són els que segueixen:

1r Ha de tractar-se de llei. Se n'exclou la doctrina legal, encara que la jurisprudència pugui utilitzar-se a efectes argumentatius.

En principi, no serà possible el control de l'aplicació de normes discrecionals. No obstant això, caldria distingir la discrecionalitat màxima o absoluta i la mínima o reglada. Aquesta última sí que podria controlar-se, com la que es troba en l'actual article 565 del Codi Penal. En aquest cas, la concurrència de les condicions de la facultat de rebaixar la sanció, quan aquesta s'ha produït, sí que seria revisable en cassació.

2n Ha de ser llei penal substantiva. Llei que determina el tipus, la pena i les circumstàncies modificatives i extintives de la responsabilitat penal, incloent-hi la prescripció.

3r O bé una del mateix caràcter (substantiva o material) que hagi d'observar-se en l'aplicació d'aquella (la norma penal). Més exactament:

- Les que han d'observar-se per a aplicar la llei penal en tant que aquesta la reclama per integrar el seu contingut (per exemple, els conceptes de terme, límit, molló, predi, o domini públic als efectes de l'article 246 del Codi Penal; el de cosa moble a l'efecte dels articles 234 i següents del Codi Penal, etc.).
- Les que han d'observar-se per l'aplicació de la llei penal. S'hi inclourien sens dubte les civils, a l'efecte de la pretensió civil acumulada.

És dubtós que puguin integrar-se les normes processals penals. En general, la jurisprudència la nega. I el sentit literal del precepte, quan al·ludeix a «del mateix caràcter», sembla anar pel mateix camí, si no es vol interpretar que inclou la llei penal processal i exclou la no penal substantiva. A favor de la inclusió es pot assenyalar que la restricció no té sentit, sobretot si es permet la impugnació per infracció de llei de determinades interlocutòries de les audiències, només viable per impugnació de la norma processal penal (GÓMEZ ORBANEJA); i suposaria negar el recurs quan la infracció de llei processal en certes ocasions pot donar lloc a la declaració d'innocència o pot propiciar la condemna (CORTÉS).

El Tribunal Suprem a vegades (per exemple, sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 20 de maig de 1997), malgrat partir de la regla segons la qual no és admissible aquest motiu, analitza qüestions de caràcter processal interpretant amb amplitud l'article 240.1 de la Llei orgànica del poder judicial, que estableix que es facen valer la nul·litat de ple dret i els defectes de forma en els actes processals que impliquen absència de requisits indispensables o determinen indefensió mitjançant els recursos legalment establerts contra la resolució de què es tracte.

Menys dubtes planteja la possibilitat d'incloure normes processals penals si se'n fa el mateix ús que d'una norma material, és a dir, quan siguen infringides no *in procedendo*, sinó *in iudicando*, de manera que l'aplicació d'aquestes haja determinat la decisió de la resolució impugnada (ORTELLS), o quan la norma processal penal infringida pot ser també de rang constitucional (article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial) quan la seua funcionalitat en el judici jurídic contingut en la sentència siga idèntica a la del precepte legal.

Finalment, cal assenyalar que en virtut de l'anomenada «doctrina de la pena justificada» és possible que, malgrat constatar-se la infracció de llei pel Tribunal Suprem, es desestime el recurs.

Aquesta "doctrina" parteix del fet que el Tribunal Suprem només pot confirmar la sentència objecte de recurs o accedir a la petició del recurrent. S'aplica quan, tot i apreciar-se la infracció de llei, en virtut del principi *iura novit curia* el jutgador entén que sobre els fets correspon una qualificació amb la mateixa penalitat o més alta, o quan malgrat que siga possible una rectificació de la disposició aplicada, la pena aplicable no patiria cap variació (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 25 de novembre de 1995). L'alternativa de cassar la sentència no és satisfactòria perquè no podria absoldre en segona sentència; ni podria condemnar segons l'altra qualificació igual o més greu, perquè no ho ha demanat un recurrent gravat, ni pot fer ús de l'article 733 de la Llei

d'enjudiciament criminal. Per això, per economia processal, no queda més opció que confirmar. El Tribunal Constitucional admet aquesta teoria exigint identitat del fet punible i que ambdós delictes siguin «homogenis», és a dir, tinguen la mateixa naturalesa (entre altres, sentències del Tribunal Constitucional 12/1981, de 10 abril i 95/1995, de 19 de juny).

B) Infracció de llei segons l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal

L'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal disposa que s'entendrà infringida la llei quan hi haja hagut error en l'apreciació de la prova, basat en documents que consten en les actuacions i que demostren l'equivocació del jutjador sense ser contradits per altres elements probatoris.

Consisteix en un error *in iudicando* del qual resulta la falta de correspondència entre el fet i el document. No es tracta de substituir la valoració efectuada pel jutjador, sinó que consisteix en el control dels errors fàctics o de fet en la valoració i apreciació de la dada probatòria, en la seua contraposició amb les dades clares i precises d'un document. Així, serà possible excloure o integrar un element del relat històric en la sentència. L'estimació del recurs suposarà una modificació dels fets i, per aquesta via, la decisió.

La doctrina sol criticar aquest precepte, atès que per aquesta via la cassació pateix una ampliació incompatible amb la seua naturalesa (GÓMEZ ORBANEJA, GIMENO).

Es requereix, amb tot, que es donen les condicions següents:

1a L'error ha de sorgir del simple contrast o comparació

No es requereix una intensitat especial, ja que la Llei 6/1985, de 27 de març, va suprimir el requisit que l'equivocació o l'error del jutjador siga evident. A pesar d'això, la jurisprudència ha mantingut que l'error tinga el caràcter d'evident, notori i d'importància (per exemple, sentències del Tribunal Suprem, sala segona, de 5 de juny i 29 de novembre de 1995; i entre les més recents, sentència de l'Audiència Provincial de Burgos, secció primera, 30 de setembre de 2002). Una altra cosa és que la incompatibilitat entre el document i els fets s'haja d'observar necessàriament per la simple comparació entre aquests; o que l'error tinga prou significació per a influir en la modificació del sentit de la decisió (sobre això últim, sentències del Tribunal Constitucional 44/1987, de 9 abril, i sentència del Tribunal Constitucional 124/1993, de 19 abril).

2a La comparació es donarà entre els fets i un document que figure aportat a les actuacions

D'ací ve que l'article 855.2 de la Llei d'enjudiciament criminal impose que el recurrent, com a requisit d'admissibilitat *ex* article 884.6 de la Llei d'enjudiciament criminal, ha de designar sense cap raonament els particulars del document que mostren l'error en l'apreciació de la prova, és a dir, que el recurrent assenyale en quin terme, frase o període del relat de fets provats es troba l'error de fet.

3a No és imprescindible que els fets es troben formalment en la part de la sentència corresponent als antecedents de fet, sinó que poden trobar-se en els fonaments

D'aquesta manera el jutjador és obligat a prendre expressament en consideració els documents, ni que siga per acabar dient que el seu contingut no és fiable. El que es pretén amb això és corregir la possible falta de motivació de l'apreciació de les proves.

4a El document ha de complir certs requisits

- Es refereix tant al document tradicional, com a aquell altre que, sense ser-ho, s'hi pot assimilar, com és ara un disquet, un document d'ordinador, un vídeo, una pel·lícula, etc. (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 22 de setembre de 1995).

- Sí que haurà de ser suficient en si mateix, amb virtualitat suficient per a acreditar indubtablement, i sense necessitat d'anar a mitjans diferents, l'error de fet. A més, no ha de resultar desvirtuat per altres mitjans de prova. No es requereix, en canvi, que siga autèntic, perquè la Llei 6/1985, de 27 de març, va suprimir aquest requisit.

- No es consideren proves documentals les personals practicades, encara que hagen estat documentades, fins i tot encara que ho siga davall la mateixa fe judicial (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 22 de setembre de 1995).

No s'hi inclourà, per tant, l'acta del judici oral; «declaracions» de parts, interessats, informes de la policia o guàrdia civil; sentències i altres resolucions; antecedents, encara que procedisquen d'òrgan jurisdiccional penal; i tampoc el sumari ni el rotllo poden ser documents, a efectes de la cassació (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 24 de gener de 1995). Tampoc la prova testifical o pericial, excepte els supòsits excepcionals en què es tracte d'un dictamen únic o diversos coincidents de manera absoluta, i que el jutjador n'haja incorporat el contingut a la

narració històrica de manera fragmentada o en absoluta contradicció amb les regles de la lògica i la racionalitat (sobre això últim, interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, de 8 d'octubre de 1997).

C) La infracció del dret a la presumpció d'innocència com a motiu de cassació

A partir de l'entrada en vigor de la Constitució espanyola, el dret a la presumpció d'innocència deixa de ser un simple principi i es configura com un dret fonamental d'aplicació directa i immediata. Aquest dret pot ser vulnerat quan es produïsquen condemnes en absència de proves plenes sobre la comissió del fet i la participació en aquest de l'acusat, o perquè en cas de dubte sobre la concurrència dels fets constitutius, impeditius o extintius no dicte resolució absolutòria (MASCARELL).

Fins a l'entrada en vigor de la vigent Llei orgànica del poder judicial, l'al·legació d'aquest dret com a motiu de cassació plantejava seriosos dubtes d'encaix. Per la seua naturalesa processal, no podrà ser al·legada a través del motiu de l'article 849.1, referit, com ja hem estudiat, a precepte penal de caràcter substantiu o una altra norma jurídica del mateix caràcter que haja de ser observada en l'aplicació de la llei penal. Només restava l'article 849.2 per a la seua introducció, tot i que calia que el motiu fos «ampliat», ja que s'introdueix una nova modalitat d'error en l'apreciació de la prova, consistent en el que deriva de la mateixa inexistència de prova.

No obstant això, aquesta via tampoc no resultava en principi plenament adequada. El deure de respecte de la lliure valoració de la prova suposa que en l'àmbit del recurs de cassació únicament cal comprovar si s'ha realitzat una mínima activitat probatòria de càrrec que permeti al jutgador valorar-la en consciència. I si el motiu es refereix a «error en l'apreciació de la prova», amb la mateixa al·legació del motiu s'afirma la concurrència d'aquesta mínima activitat probatòria que és objecte de control. D'aquesta manera, l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal seria per aquesta via un mitjà inhàbil per a al·legar en cassació la presumpció d'innocència.

El Tribunal Constitucional, però, es va inclinar per una interpretació flexible de l'esmentat article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal. Considera que la valoració com a prova d'allò que legalment no pot tenir caràcter com a tal és sens dubte el major error de fet que en l'apreciació de les proves cal imaginar i com a tal pot ser adduït per a fonamentar el recurs de cassació. De manera que la interpretació que la mateixa sentència qualifica de “tradicional i respectable” de l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, no obstant això és no ajustada a la Constitució perquè no té

en compte la necessitat de garantir al màxim el dret a la presumpció d'innocència (sentència del Tribunal Constitucional 56/1982, de 26 de juliol).

El Tribunal Suprem va encara més enllà i arriba a afirmar que la introducció de la presumpció d'innocència pot realitzar-se siga quina siga la via processal utilitzada. Només el caràcter de dret fonamental, i els poders vinculants (article 53.1 de la Constitució) que deriven de l'article 24.2 de la Constitució espanyola, pot permetre l'admissibilitat de la seua al·legació amb independència de la via del recurs de cassació escollida, que fins i tot per això no exclou la seua consideració «d'ofici», encara que no deixi de reconèixer-se que l'error en l'apreciació de la prova (article 849.2) seria el que en bona pràctica jurídica acreditaria l'absència si escau dels mínims exigibles, malgrat ser la veritat negativa derivada de totes les actuacions la que igualment justifica, ja dins el procés, aquella àmplia admissibilitat (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 14 d'octubre de 1985).

Possiblement, la solució passava senzillament per una correcta interpretació de l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal. Però la solució del problema d'encaix va venir pel camí més senzill: el del text de l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial, en l'àmbit del qual ja no hi hauria cap dubte sobre la cobertura legal de la presumpció d'innocència com a motiu de cassació.

Però sense oblidar que abans que la Llei orgànica del poder judicial consagrara explícitament en l'article 5.4, com a fonament suficient de la cassació, la vulneració del dret a la presumpció d'innocència, havia trobat la via processal adequada en l'ampliació del motiu establert en l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal (sentència del Tribunal Constitucional 78/1988, de 27 d'abril).

IV. MOTIUS DE CASSACIÓ PER TRENCAMENT DE FORMA

El trencament de forma consisteix en la infracció de llei processal comesa en la realització d'actes processals.

Es regula en dos preceptes de la nostra Llei d'enjudiciament criminal, segons que els esmentats actes s'integren en el judici oral o en la sentència (articles 850 i 851, respectivament). Per a fer-ho, la llei no utilitza fórmules generals, sinó que enumera els supòsits possibles.

A) Trencament de forma en el judici oral (article 850 de la Llei d'enjudiciament criminal)

En comptes de seguir l'ordre del precepte, sistematitzarem més lògicament els supòsits distingint la infracció del principi de contradicció; improcedent denegació total o parcial de proves; i no suspensió en cas d'incompareixença d'algun acusat.

Com a regla general, serà necessària la protesta prèvia així que es conega la infracció. L'article article 884.5 de la Llei d'enjudiciament criminal la considera com a requisit d'admissibilitat.

És més que dubtós que la protesta siga un requisit en el motiu de l'article 850.2, produït quan s'haja omès la citació del processat, la del responsable civil subsidiari, la de la part acusadora o la de l'actor civil per a la seua compareixença en l'acte del judici oral, llevat que aquestes parts hagen comparegut dins el temps i es donen per citades. El fet d'haver formulat protesta en aquest cas dificultaria la producció d'indefensió. Per evitar aquesta s'hauria d'acreditar la minva efectiva de possibilitats defensives.

Si bé contra la interlocutòria que resolga el rebuig de prova no es pot interposar cap recurs (article 659.3 de la Llei d'enjudiciament criminal), mitjançant la protesta oportuna podrà recórrer-se en cassació contra la interlocutòria de rebuig (articles 659.5 i 850.1 de la Llei d'enjudiciament criminal). En el procediment abreuja, en canvi, no caldrà la protesta a continuació del rebuig, ja que la resolució no és recurrible. En el torn d'intervencions de l'article 786.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, les parts podran exposar el que estimen oportú, entre altres coses, sobre vulneració d'algun dret fonamental, nul·litat d'actuacions, i també sobre el contingut i la finalitat de les proves proposades o que es proposen per practicar-se en l'acte. Davant això, el jutge o tribunal resoldrà en el mateix acte allò que corresponga, i encara que davant la decisió adoptada no es podrà interposar cap recurs, serà necessària l'oportuna protesta perquè la qüestió puga ser reproduïda en el recurs davant la sentència (article 786.2 de la Llei d'enjudiciament criminal).

a) Per infracció del principi de contradicció (article 850.2 de la Llei d'enjudiciament criminal)

Es donarà quan s'haja omès la citació del processat, la del responsable civil subsidiari, la de la part acusadora o la de l'actor civil per a la seua compareixença en l'acte del judici oral, llevat que aquestes parts hagen comparegut dins el temps i es donen per citades. Per a això no basta simplement amb la infracció de les normes sobre citació (articles 270 a 272 de la Llei orgànica del poder judicial, i 166 i següents de la

Llei d'enjudiciament criminal) que supose la seua falta o irregularitat substancial, també cal que efectivament s'haja provocat indefensió. Així passarà quan no haja pogut comparèixer per desconeixement o, en cas de compareixença, evitant l'esmena del defecte mitjançant l'acreditació de minva en les possibilitats defensives (per exemple, haver disposat de prou temps per a preparar l'assumpte, per a nomenar representant o defensor, etc.).

La presència de l'acusat i, si escau, la del Ministeri Fiscal, tret de comptades excepcions, és normalment necessària perquè el procés penal es pugua desenvolupar. Per aquesta raó, a més de ser citats, necessàriament han de ser-hi presents, ja que la mera falta de presència serà suficient per a fonamentar un trencament de forma. Al contrari, per a les parts la presència de les quals no és imprescindible, si una vegada citats no compareixen injustificadament, no escauria la suspensió ni motiu de cap cassació. Tampoc no serà necessària la notificació personal a aquestes, sinó que serà suficient la notificació practicada al procurador.

La vulneració del principi de contradicció es produeix a més en aquells altres casos que es puguem entendre més greus al supòsit tipificat en el precepte.

Per exemple, l'omissió de la citació a termini davant l'audiència d'una part personada, així com la del trasllat per a qualificació (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 3 d'abril de 1985). Fins i tot si no s'ha omès la citació a judici, però sí tots els actes anteriors, també hi escauria cassació (ORTELLS). En canvi, haurà de desestimar-se, entre altres supòsits, quan realitzada personalment a l'acusat, s'omet la citació al seu procurador (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 5 d'abril de 1994); o al pare d'un menor (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 18 de setembre de 1996).

b) Per denegació improcedent d'alguna diligència de prova o de certes preguntes (article 850, 1, 3 i 4 de la Llei d'enjudiciament criminal)

Es podrà interposar recurs de cassació per trencament de forma quan s'haja denegat alguna diligència de prova que, proposada per les parts dins el termini i la forma escaient, es considere pertinent (850.1); la denegació de pregunta a un testimoni sent pertinent i de manifesta importància en la causa (850.3); i per capciosa, suggestiva o impertinent, no sent-ho en realitat, sempre que tinga veritable importància per al resultat del judici (850.4).

Es tutela el dret de prova, quant a la seua admissió o pràctica en el punt primer, i quant a la intervenció de les parts en la pràctica d'uns mitjans de prova concrets en els

altres dos punts. El motiu quart se superposa al tercer, perquè comprèn la prova testifical i, a més a més, la pericial i la declaració dels acusats. Així mateix, el motiu quart inclou la desestimació de preguntes, per impertinents i també per capcioses o suggestives. Es tracta d'un mitjà de control, en definitiva, de la facultat del jutgador establerta en l'article 709 de la Llei d'enjudiciament criminal.

Encara que d'aquestes infraccions es produirà normalment minves en les possibilitats defensives, sobretot perquè s'exigeix expressament que tinga veritable importància per al resultat del judici (article 850.4 *in fine* de la Llei d'enjudiciament criminal), per a l'estimació del motiu no s'exigeix la necessària concurrència d'una efectiva indefensió.

Concretament, perquè hi concórrega el motiu del punt primer de l'article 850 s'han de donar els requisits següents:

1r Proposició de prova dins el termini i la forma escaient

Es realitzarà generalment en els escrits de qualificació provisional o en els d'acusació i defensa. En cas que es proposen en el mateix judici i no siguen practicables en aquest acte, no constituirà motiu de cassació ja que la llei, quan admet la seua proposició, parteix del fet que són practicables sense preparació (ORTELLS).

Així mateix, la jurisprudència ha desestimat el motiu perquè les proves no han estat ben proposades per incomplir les previsions de l'article 656.2 de la Llei d'enjudiciament criminal (i si escau, actuals articles 781.1 i 784.2 de la mateixa llei) en relació amb perits i testimonis, és a dir, designació genèrica i no concreta de la prova pericial tant sobre el seu objecte com sobre la designació (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 4 de març de 1996). D'altra banda, alguna jurisprudència entén ben proposada la prova quan s'assumeix aquesta per l'altra part, encara que finalment hi renuncie.

2n Pertinència de la prova

Pertinència en el doble vessant material i funcional, perquè cal la seua connexió amb l'objecte i el fi del procés, encaminada a l'esclariment dels supòsits fàctics enjudiciats. I a aquest efecte caldrà que el contingut dels mitjans de prova es pose de manifest per tal que en pugui ser apreciada la pertinència i utilitat.

«No es produeix la vulneració del dret fonamental quan la prova és rebutjada, fins i tot sent pertinent, quan el seu contingut no té capacitat per a alterar el resultat de la

resolució final, si per les altres proves existents sobre els mateixos fets, el punt concret de què es tracta es troba àmpliament acreditat, és a dir, perquè l'omissió del mitjà proposat en cap cas podria tenir influència en el contingut de la decisió (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 2 de desembre de 1997).

3r Que el mitjà de prova no aparega com a lesiu d'un dret fonamental, en els termes de l'article 11.1 de la Llei orgànica del poder judicial

4t Que la prova proposada i no practicada siga de caràcter ineludible, insubstituïble, fonamental i de possible realització

Així s'exigeix, entre altres, en les sentències del Tribunal Suprem, sala segona, 27 de maig i 25 de gener de 1988).

D'altra banda, s'inclouen igualment en l'article 850.1 de la Llei d'enjudiciament criminal altres supòsits equivalents a la inadmissió de la prova, com la denegació de lectura de diligències sumarians, si es compleix l'article 730; la inadmissió o no-pràctica d'actes preparatoris per negativa del tribunal o la falta de diligència en aquest; no suspensió del judici per impossibilitat relativa de practicar un mitjà de prova admès (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 5 de novembre de 1997); inadmissió de la sol·licitud de presència de peces de convicció o si aquestes no es troben a la disposició del tribunal a l'inici de les sessions, llevat que tinguin una importància nul·la (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 1 de febrer de 1983).

Pel que fa a l'article 850.3 i 4 de la Llei d'enjudiciament criminal, se segueixen els mateixos criteris, si bé amb algun matís. Han d'interpretar-se en relació amb l'article 709 de la Llei d'enjudiciament criminal, les preguntes han de tenir relació amb els punts debatuts i amb possibilitat d'influir en la decisió definitiva. Allò decisiu és que siga probable que la resposta pugui ser decisiva. El més important, doncs, serà la capacitat d'informació de l'interrogat sobre el tema. I a més, la pregunta no ha de ser suggestiva (determine la contestació) o capciosa (enganyosa). El mitjà habitual per a demostrar el caràcter de la pregunta serà a través de la corresponent consignació literal d'aquesta en l'acta (article 709 de la Llei d'enjudiciament criminal). Però aquest no és l'únic instrument, perquè l'eventual negativa del «president» a la consignació en l'acta frustraria la cassació (ORTELLS).

c) Per no-suspensió en cas d'incompareixença d'algun acusat (article 850.5 de la Llei d'enjudiciament criminal)

Es produirà el motiu quan el tribunal haja decidit no suspendre el judici per als processats compareguts, en cas de no haver-hi concorregut algun acusat, sempre que hi haja causa fonamentada que s'opose a jutjar-los amb independència i no haja recaigut declaració de rebel·lia.

Excepcionalment, es permet l'enjudiciament separat quan es donen les condicions següents:

1a Citació personal.

2a Que el jutjador prèviament a la resolució escolte les parts en el procés.

3a L'acord adoptat es faça constar en l'acta, juntament amb les raons que el van motivar.

4a Realment hi haja elements suficients per a jutjar independentment, perquè no siga necessària la declaració d'un altre imputat absent per a formar criteri prou fonamentat (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 18 de desembre de 1996).

El motiu permetrà el control de la procedència de la separació de procediments basant-se en la simple incompareixença d'un dels acusats i sense esperar la formal declaració en rebel·lia, com a forma d'evitar, fins a la declaració de rebel·lia, possibles contradiccions entre les sentències per uns i altres acusats.

Requisits per a la viabilitat d'aquest motiu són:

1r La sol·licitud de suspensió del judici.

2n Que la incompareixença haja produït indefensió al compareixent, i aquesta s'haja acreditat.

3r Que no s'haja declarat en rebel·lia a qui no compareix.

B) Trencament de forma en la sentència

No es tracta d'infracció de llei processal utilitzada com a llei material, és a dir, per a produir la decisió. En aquest cas, la via adequada seria la de l'article 849.1 de la Llei d'enjudiciament criminal. Les infraccions han de ser determinants no del sentit de la resolució, sinó de la seua forma, de l'òrgan que ha de dictar-la i dels límits en què aquest ha de resoldre.

Les infraccions es taxen en l'article 851 de la Llei d'enjudiciament criminal, i poden agrupar-se en vicis relatius a la motivació de la sentència pel que fa als fets (851.1 i 2), falta de correlació de la sentència amb l'acusació i la defensa (article 851.3

i 4) i vicis en la composició de l'òrgan jurisdiccional i en la formació de la seua voluntat (article 851.5 i 6). A més, han d'admetre's com a motius del recurs aquells supòsits que siguen de més gravetat als expressament previstos o en els que es declare la nul·litat d'actuacions.

a) Vicis de la motivació de la sentència pel que fa als fets (article 851.1 i 2)

Es tracta de vicis que afecten la declaració de fets provats. Presenten diverses modalitats:

1a Manca d'expressió clara i terminant dels fets provats

Quan en la sentència no hi haja expressió dels fets que es consideren provats, o no es faça de forma clara i terminant.

La sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 22 d'octubre de 1997, diu literalment que *«dos vocablos perfectamente diferenciados que cuando son aceptados, uno u otro, pueden desembocar en un quebrantamiento de forma; tales son: “falta de claridad” en la narración fáctica, o “falta de contundencia” (“terminantemente” dice la norma) en tal narración. Lo primero supone una evidente oscuridad que haga prácticamente imposible la adecuada comprensión del relato por emplearse frases ininteligibles o de muy difícil interpretación conceptual. Lo segundo entraña hacer empleo de términos “dubitativos” o “hipotéticos” en las fases nucleares o decisivas de ese relato de hechos que impidan, no sólo una verdadera correlación lógica entre la inicial premisa del silogismo (las sentencias judiciales deben ser un puro silogismo) y los fundamentos de derecho que la preceden, sino también una imposibilidad o grave dificultad al juzgador de casación para poder llegar a conclusiones adecuadas al ordenamiento jurídico»*.

Exigeix la concurrència dels requisits següents:

1r Una certa incomprensió del que es va pretendre manifestar en la descripció dels fets provats, produïda bé per la utilització de frases intel·ligibles, bé per omissions substancials, per la utilització d'expressions dubitatives, per una mera descripció de supòsits fàctics o fins i tot per una manca total d'aquests.

2n Tot això quant als aspectes del fet en connexió amb la qualificació jurídica que s'aplique.

3r Que la manca de claredat i incomprensió del relat provoqe un vertader buit de la narració històrica dels fets.

No es dóna el motiu, segons la jurisprudència, en supòsits com aquests:

a) Omissió de circumstàncies de fet que, segons el parer de les parts, havien d'integrar també el contingut del *factum* i el tribunal no les incorpora, bé per manca d'acreditació deguda, bé per accidentalitat o inoperància per a la qualificació jurídica acceptada (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 7 de novembre de 1997).

b) Manca de concreció d'unes dates o d'unes quantitats quan es tracta d'una precisió que no ha resultat de la prova practicada (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 20 de novembre de 1997).

c) No abastar tots i cada un dels matisos secundaris i no necessaris que pretén introduir alguna de les parts (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 26 de setembre de 1997).

d) No incloure dades que la part estima erròniament assumides pel jutjador (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 27 d'octubre de 1997).

e) Laconisme i errors de redacció gramatical o mecanogràfic, si el *factum* resulta clar i diàfan (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 12 de juny de 1997).

2a Contradicció entre els fets declarats provats

Manifestació específica de la manca de claredat perquè els fets provats es neguen entre si amb vista a la conseqüència jurídica que es dedueix.

La jurisprudència exigeix que es donen significats incompatibles entre si, de manera que un d'ells negue l'altre (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 5 de juliol de 1995), que els fets compresos en el *factum* siguin irreconciliables i antitètics i que la situació es produísca en el context dels fets provats, no en l'encapçalament o els fonaments jurídics (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 24 de febrer de 1994), i que hi haja un buit en la decisió, sense que siga possible cohonestar. Això suposa que la contradicció siga manifesta, patent i no esmenable, ja que ni tan sols amb la integració d'altres passatges del relat es pot refer la comprensió i la compatibilitat mútua i recíproca dels fets contradictoris. També exigeix que la contradicció siga essencial perquè afecte parts fonamentals del sil·logisme judicial, i a la vegada causal, no només perquè es tracta d'expressions imprescindibles sinó perquè a més determinen la decisió posant de manifest la incompatibilitat que hi ha entre allò que s'acorda i els antecedents fàctics (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 6 de juliol de 1997).

Entre els supòsits exclosos, per exemple: encara que hi haja una contradicció gramaticalment parlant, no ho és a l'efecte de cassació considerar provats i en distint passatge no provats els mateixos fets (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 7 de desembre 1996); els errors aritmètics no són contradiccions dels fets provats en el sentit de l'article 851.1 de la Llei d'enjudiciament criminal, sinó constàncies que han de ser rectificades pel mateix tribunal de la causa, segons el que disposa l'article 267.2 de la Llei orgànica del poder judicial (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 2 de desembre de 1996); no és procedent l'estimació per contradicció entre el resultat de les proves i la pena imposada (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 7 de novembre de 1997).

3a Substitució de la declaració del fet provat per un concepte jurídic predeterminant de la decisió

Aquest motiu de cassació es va introduir per llei de 28 de juny de 1933 amb la finalitat de posar fi a la pràctica d'utilitzar en la relació de fets provats els mateixos termes amb què el Codi Penal definia els diversos conceptes penals. Amb aquesta pràctica s'evitava el treball de relatar els esdeveniments realment ocorreguts, i al seu torn, impedia controlar la correspondència entre uns inexistents fets provats amb la qualificació jurídica i els pronunciaments corresponents. El motiu tracta d'impedir que s'obstaculitze l'activitat pròpia de la cassació per infracció de llei, en la qual ha de ser possible revisar la qualificació dels fets (apreciació valorativa que pot fer-se dels fets provats, no la determinació de si un fet ha de considerar-se o no provat) a fi de determinar l'aplicació correcta de la norma.

Es produeix el motiu quan se substitueix la descripció dels fets per una valoració jurídica o d'un altre tipus d'aquests, utilitzant idèntics termes o sinònims de la llei penal per a definir les corresponents figures penals, les seues circumstàncies, els graus d'execució o de participació. Com a conseqüència, no existeix pròpiament relat fàctic, sinó una repetició de la norma penal; per exemple, en no precisar concretament els actes i comportaments comesos, limitar-se a afirmar que algú va violar o va matar, etc.

La jurisprudència ha anat perfilant els requisits perquè s'estime el motiu:

- a) Ha de tractar-se d'expressions tecnicojurídiques que definisquen o donen nom a l'essència del tipus aplicat, és a dir, que la descripció del fet siga reemplaçada per la seua significació.
- b) Que les mateixes siguen assequibles generalment només per als juristes, fins que no siguen compartides en l'ús del llenguatge comú.

- c) Que tinguen valor causal o influència respecte a la decisió.
- d) Que suprimides deixen sense cap base el fet històric.

Entre les que s'ha entès que no són predeterminants, en general «les necessàries expressions que han de constituir la premissa major del sil·logisme que compon qualsevol sentència» (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 27 de novembre de 1996) o les «expressions narratives» (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 14 de juny de 1995). Més en concret, no ho serien, per exemple, parlar de «defraudat», «frau» o «fraudentament» (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 9 d'octubre de 1997), «tràfic de drogues» (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 10 de març de 1997), o parlar de «camell» ja que, en aquest últim cas, es tracta d'una mera «descripció d'una forma de traficar que no fa servir per a res expressions que s'utilitzen legalment per a la definició del tipus delictiu després aplicat» (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 5 de maig de 1995).

4a Omissió de declaracions de fets provats en la sentència absolutòria, limitant-se a expressar que no s'han provat els al·legats per l'acusació

Introduït aquest motiu en 1933, actualment resulta fonamental atenent els articles 120.3 de la Constitució espanyola i 248.3 de la Llei orgànica del poder judicial. Pretén evitar la falta de motivació de la sentència pel que fa als fets. Tanmateix, per aquest fi la norma és errònia, ja que hauria d'haver exigít que la sentència absolutòria expressara les raons per les quals la prova no va ser convincent (GÓMEZ ORBANEJA, ORTELLS). A més, en els supòsits d'absolució per convenciment de la inexistència del fet, o perquè el jutgador dubta de la seua existència, l'exigència de motivació suposaria caure en el formalisme d'haver de fer la declaració respecte a fets penalment irrelevants o inexistents.

Si no pot ser valorada cap prova de les que ha produït l'acusació, és evident que no és possible establir, ni tan sols de manera hipotètica, fets provats. Conseqüentment, l'article 851.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, així com l'article 142.2 de la mateixa llei, no són aplicables als casos en què el tribunal d'instància estima que totes les proves produïdes en el procés no poden ser valorades com a tals en raó del que disposa l'article 11 de la Llei orgànica del poder judicial (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 17 de novembre de 1997).

En realitat, la norma només tindria sentit, tot i ser la sentència absolutòria, quan els fets s'hagueren provat totalment o parcialment. En conclusió:

a) S'ha de declarar la part dels fets constitutius que s'estima provada, quan puguescaure una altra tipificació.

b) Si s'estimen provats, però s'absol per qüestions jurídiques, s'han de declarar provats perquè aquest judici jurídic siga revisat en cassació.

c) Si estan provats els fets constitutius, i es qualifiquen com a delictes, però s'absol per estimar provats fets impositius, extintius, també han de declarar-se aquests últims (ORTELLS).

Segons la jurisprudència, es donarà en els supòsits següents:

a) En les resolucions judicials han de constar els fets que s'estimen enllaçats amb les qüestions que s'hagen de resoldre en la decisió, amb declaració expressa i terminant dels que es consideren acreditats.

b) La manca de fets provats suposa un obstacle seriós per a arribar a un pronunciament condemnatori, ja que aquest ha de descansar sobre les raons jurídiques que qualifiquen aquells fets, encara que la sala pot redactar, de la manera que estime més encertada, els esdeveniments que segons la seua consciència estime asseverats.

c) El jutjador no té obligació de transcriure en les decisions la totalitat dels fets adduïts per les parts o consignats en les respectives conclusions.

d) El vici processal existeix indubtablement no només quan la manca siga absoluta sinó també quan la sentència es limite a declarar genèricament que no estan provats els fets base de l'acusació (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 16 de maig de 1995).

e) La mancança només es refereix als fets al·legats per les acusacions (STSS, sala segona, de 27 de setembre i 1 d'octubre de 1996).

f) Ha de faltar la corresponent narració històrica, però la simple no-inclusió d'algun fet concret no sustenta el motiu (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 28 de novembre de 1995), sinó que en aquest cas l'al·legació ha de canalitzar-se a través de l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 21 de març de 1997).

Al contrari, no es donarà el motiu, per exemple, quan existisca narració de fets provats, encara que aquesta es trobe entre els fonaments jurídics (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 18 d'abril de 1995); falte només algun dels fets pretesament exculpatoris, amb oblit de la valoració lliure de la prova (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 14 de gener de 1994); o els fets no tinguin relació amb la prova o

la recurrent no estiga d'acord amb l'argument de la sala per a declarar-la particip en aquests fets (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 22 de setembre de 1994).

b) Manca de correlació de la sentència amb l'acusació i la defensa (article 851.3 i 4)

El deure de correlació imposa que el pronunciament es corresponga amb tot i res més que amb allò que va ser demanat i al·legat. Podrà ser infringit per defecte si el pronunciament no es correspon amb tot, o per excés si el jutjador es pronuncia sobre altres extrems. En ambdós casos, l'article 851.3 i 4 de la Llei d'enjudiciament criminal permet fonamentar el recurs de cassació: quan no es resolga en la sentència sobre tots els punts que hagen estat objecte de l'acusació i defensa, és a dir, per defecte o omissió del pronunciament sobre el que ha estat objecte del procés; i quan s'impose pena per un delict més greu al que haja estat objecte de l'acusació, si el tribunal no haja procedit prèviament com determina l'article 733 de la Llei d'enjudiciament criminal.

1r Per defecte o omissió de pronunciament

El motiu de l'article 851.3 de la Llei d'enjudiciament criminal es donarà quan la sentència no resolga sobre l'objecte del procés i sobre els punts objecte d'acusació i defensa. Tot i que no calga pronunciar-se en la decisió sobre tots els punts o qüestions jurídiques, s'han de considerar en la motivació, amb incidència en la decisió final prèvia estimació o no (ORTELLS).

La jurisprudència ha definit els requisits perquè s'estime el motiu:

a) Que el jutjador no resolga en la sentència alguna de les qüestions jurídiques (no de pur fet) proposades oportunament per les parts en forma i temps hàbil, normalment en els escrits de qualificació definitiva (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 28 de març de 1995).

b) Que l'omissió no l'haja poguda solucionar el tribunal de cassació en resoldre's altres motius (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 2 de juliol de 1997), sempre que la incongruència es base en una deficient motivació, no quan s'hagen deixat de banda, apartats processalment, dos temes jurídics com, per exemple, la falta de lesions i la indemnització corresponent (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 18 de març de 1996).

No es donaria el motiu en els supòsits de resolució implícita. Aquesta s'admet excepcionalment per a aquells supòsits en què la resolució dictada en la instància siga excloent, és a dir, incompatible amb la qüestió proposada per la part. De vegades

s'admet també com a resolució tàcita, i per tant no podria motivar el recurs, la resolució genèrica o fins i tot la mera absolució o condemna global. No obstant això, amb aquestes dues últimes es restringeix el motiu de cassació quan la seua finalitat és que el jutgador considere i resolga en concret els punts plantejats. Amb aquestes resolucions, especialment l'última, es deixaven de complir les exigències pròpies del dret fonamental a la tutela judicial efectiva de l'article 24 i del deure de motivació de l'article 120.3 de la Constitució, creador d'una autèntica indefensió, quan no de la major inseguretat jurídica (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 24 de maig de 1996).

Vet ací alguns exemples en què la jurisprudència ha entès que es dona aquest motiu de cassació: no pronunciar-se sobre eximents o atenuants (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 24 d'octubre de 1997); sobre la petició relativa a la prohibició que el reu torne al lloc on haja comès el delictes, o on la víctima residisca (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 15 d'abril de 1997); sobre la nul·litat d'uns registres (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 22 de febrer de 1997); sobre la manca d'antecedents penals i patent manca d'intenció (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 11 d'octubre de 1994), etc.

En canvi, no seria motiu de cassació la manca de pronunciament sobre un indult (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 16 de febrer de 1996); ni sobre el comís de la quantitat en metàl·lic (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 23 de desembre de 1994).

2n Per excés de pronunciament

El motiu es donarà quan s'impose pena per un delictes més greu que el que haja estat objecte de l'acusació, si el tribunal no ha procedit prèviament com determina l'article 733 (el fonament i la determinació de la correlació com a límit a la potestat de resoldre s'estudiaran en el tema 17 del programa).

Vet ací alguns exemples en la jurisprudència de supòsits en què escau estimar o no el motiu: s'estima si es va acusar per delictes de furt i es condemna per delictes de robatori (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 24 de maig de 1997); si és imputada formalment l'autoria d'un delictes de robatori i es condemna per receptació, no homogeni amb l'anterior (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 30 de maig de 1995); acordar el comís de vehicles i altres béns i efectes sense que sobre aquest punt hi haja hagut cap sol·licitud (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 17 de desembre de 1996).

No s'estima, entre altres molts supòsits, per imposar condemna en costes en tots els casos escrupolosament pels mateixos delictes que eren objecte d'acusació (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 9 d'octubre de 1997); si es va acusar per traïdoria i es condemna per abús de superioritat, en tant que són homogènies (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 9 de juliol de 1997); i de la mateixa manera si és per violació i es condemna per abusos deshonestos (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 12 de març de 1994), etc.

c) Vici en la composició de l'òrgan jurisdiccional i en la formació de la seua voluntat (article 851.5 i 6)

Fonamenta el motiu, com a vici que afecta la composició, d'una banda, que la sentència haja estat dictada per menor nombre de magistrats que el que exigeix la llei (article 851.5 de la Llei d'enjudiciament criminal); d'altra banda, que haja concorregut a dictar sentència un magistrat davant el qual s'haja intentat una recusació de forma admissible i és erròniament desestimada (article 851.6). I com a vici en la formació de voluntat, tractant-se d'òrgans col·legiats, la llei esmenta expressament la no-concurrencia del nombre de vots necessaris per a adoptar la sentència (article 851.5.2).

1r El menor nombre de magistrats

Escau l'estimació del motiu en el poc probable supòsit que hi haja una infracció del corresponent precepte que estableix el nombre de magistrats necessaris (898 de la Llei d'enjudiciament criminal; 196, 197 de la Llei orgànica del poder judicial; i 2, 52 i següents, i 67 i següents de la Llei orgànica del tribunal del jurat), concretament quan dicte sentència un nombre de jurats inferior al legalment fixat.

2n Concurrencia a dictar sentència de magistrat davant el qual s'haja intentat una recusació de forma admissible i és erròniament desestimada

El fonament mediat d'aquest motiu de cassació, a través del control de la resolució de recusació, és assegurar la imparcialitat del jutjador, que és una exigència de la mateixa essència de la jurisdicció.

La llei estableix unes situacions constatables objectivament per les quals la imparcialitat del jutge queda en dubte, amb independència que cada jutge subjectivament mantinga o no la imparcialitat (articles 219, 220 de la Llei orgànica del poder judicial; 54 i 55 de la Llei d'enjudiciament criminal). I quan es produïsquen, el jutjador s'haurà d'abstenir i la part estarà autoritzada a recusar.

La recusació origina un incident amb tramitació pròpia. S'iniciarà en la forma i els termes que estableix l'article 223 de la Llei orgànica del poder judicial, i després de la instrucció corresponent (articles 224 i 225), es decidirà per l'òrgan corresponent, d'acord amb els articles 225,4 *in fine*, 82,5, b), 76, 77, 68 i 69, tots de la mateixa llei.

Davant això, segons l'article 851.6 de la Llei d'enjudiciament criminal, es podrà interposar cassació per trencament de forma quan haja concorregut a dictar sentència algun magistrat davant el qual s'haja intentat una recusació de forma admissible, dins del termini i la forma escaient, ben fonamentada en causa legal, i és erròniament desestimada.

Segons la jurisprudència, no és motiu de recusació que el ponent haja participat anteriorment en una altra causa per fets semblants (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 29 de desembre de 1997). Tampoc no és recusable el tribunal sentenciador per haver dictat interlocutòria en què resolga recurs d'apel·lació contra un processament (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 18 de febrer de 1997); ni és supòsit de pèrdua d'imparcialitat objectiva que el magistrat resolga acordar en diligències prèvies el sobreseïment provisional d'unes actuacions seguides en virtut de denúncia del recurrent actual per detenció il·legal (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 24 de novembre de 1995); ni la instrucció de la causa es pot equiparar a haver estat jutge de caràcter purament civil, encara que s'haguera ventilat entre les mateixes parts (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 9 de maig de 1994). Fins i tot el Tribunal Suprem ha assenyalat que no està afectada la imparcialitat objectiva ni subjectiva del tribunal quan dos dels magistrats que van integrar el tribunal d'instància havien intervingut en l'enjudiciament d'un altre dels acusats per la mateixa causa (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 7 d'abril de 1994).

D'altra banda, la substitució, degudament notificada, del ponent inicial per un altre magistrat legalment destinat en l'òrgan jurisdiccional competent per a l'enjudiciament, no afecta el dret constitucional al jutge predeterminat per la llei, ni provoca indefensió, encara que s'impedisca l'exercici de la facultat de recusació del magistrat substituït, havent-hi causa per a això (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 9 de desembre de 1996). Tampoc una recusació basada en una denúncia o querella manifestament infundada pot servir per a retardar un procés (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 30 de març de 1995).

3r Els vots necessaris per a adoptar la sentència en els òrgans col·legiats

Escau l'estimació del motiu en la hipòtesi que es dicte sentència sense la concurrència dels vots conformes exigits.

El procés de formació interna de la sentència en els òrgans col·legiats exigeix, d'acord amb els articles 255 de la Llei orgànica del poder judicial i 153 de la Llei d'enjudiciament criminal, la majoria absoluta de vots dels magistrats que formen la sala. Les discòrdies seran dirimides tal com estableixen els articles 163 i 164 de la Llei d'enjudiciament criminal, i se sotmetran a votació els dos parers més favorables a l'acusat. Una vegada aprovada la sentència, la redactarà el magistrat ponent, llevat que no es conforme amb el vot de la majoria. En aquest cas, segons l'article 206 de la Llei orgànica del poder judicial, declinarà la redacció de la resolució i formularà el seu vot particular. I a continuació la signaran els magistrats que hagen participat en la deliberació i votació en l'original de la sentència (que ha de constar en la seu de l'òrgan jurisdiccional, formant part del llibre de sentències, no en el testimoni emès i signat pel secretari), sense perjudici dels vots particulars dels dissidents. Així mateix, els articles 261 de la Llei orgànica del poder judicial, 154 i 158 de la Llei d'enjudiciament criminal, davant la impossibilitat d'un magistrat dels que van votar la sentència, permeten al president signar per ell amb la fórmula que expressament s'hi indica.

V. PROCEDIMENT

A) Fase de preparació i control d'admissió

El procediment del recurs s'inicia amb l'anomenada fase de preparació, que es desenvolupa davant l'òrgan que va dictar la resolució contra la qual es pretén recórrer, i té per objecte l'expedició d'un testimoni d'aquesta resolució i la citació a termini de les parts davant el Tribunal Suprem (articles 855 a 861 *bis c*) de la Llei d'enjudiciament criminal).

a) Escrit: forma i termini

S'inicia mitjançant escrit, signat per advocat i procurador, dins els cinc dies següents al de l'última notificació de la sentència o interlocutòria contra la qual s'intente el recurs (article 856 de la Llei d'enjudiciament criminal).

L'escrit ha de contenir la petició al tribunal que haja dictat la resolució impugnada i un testimoni d'aquesta amb manifestació de la classe de recurs. A més a més, es preveuen exigències específiques. Sempre sense exposar cap raonament, si es vol fonamentar en l'article 849.2 haurà de designar els particulars del document que mostren l'error en l'apreciació de la prova; i si és en el trencament de forma, designarà la falta comesa i, si escau, la reclamació practicada per a esmenar-la i la seua data (article 855). També ha de contenir la promesa solemne de constituir el dipòsit a què es refereix l'article 875 de la Llei d'enjudiciament criminal, sense perjudici de declaració

d'insolvència o pobresa per sentència executòria, demanarà que es faça constar, obligant-se a respondre si arribara a millor fortuna de l'import del dipòsit (article 857 tots de la Llei d'enjudiciament criminal).

b) Resolució tenint per preparat o no el recurs

Si la resolució no és recurrible o si no s'han complert els requisits anteriors, denegarà la preparació per interlocutòria motivada en els tres dies següents. La denegació permet recórrer en queixa davant la sala segona del Tribunal Suprem.

Si és recurrible i es compleixen els requisits, tindrà per preparat el recurs, manarà expedir testimoni de la sentència o de la interlocutòria objecte de recurs i, si escau, dels vots reservats, i citarà les parts perquè compareguen davant la sala segona del Tribunal Suprem en el termini de quinze dies en general, vint si resideixen a les Illes Balears, trenta, a les Canàries, i seixanta a l'Àfrica espanyola (article 859). També trametrà certificació expedida pel secretari, en la qual s'expresse succintament la causa, els noms de les parts, el delictes i la data de lliurament del testimoni al recurrent i la de la citació a les parts. També es trametrà la causa o el ram d'aquesta en què se suppose comesa la falta, o que tinga el document autèntic segons els motius pels quals s'haja preparat el recurs.

La part que no haja preparat el recurs s'hi podrà adherir en el termini de la citació, o en instruir-se el format per l'altra part, al·legant els motius que li convinguen (article 861). Igualment, és possible desistir del recurs en qualsevol estat del procediment (article 861 *bis c*).

B) Fase d'interposició

A continuació, s'interposa o formalitza el recurs davant el Tribunal Suprem, amb expressió i justificació dels motius que el fonamenten (articles 873 a 879 de la Llei d'enjudiciament criminal).

S'ha de formular dins els terminis que estableix l'article 859, ja que altrament la resolució es considerarà ferma i consentida i es dictarà interlocutòria en què es declare desert el recurs, amb imposició de costes (article 878).

El recurs s'interposarà mitjançant un escrit, signat per advocat i procurador. L'escrit consignarà en paràgrafs numerats, amb la major concisió i claredat:

1r El fonament o els fonaments doctrinals i legals adduïts com a motius de cassació per trencament de forma, per infracció de llei, o per ambdues causes, encapçalats amb un breu extracte del contingut.

2n L'article que autoritze cada motiu de cassació.

3r La reclamació o reclamacions practicades per a esmenar el trencament forma que se supose comès i la seua data, si la falta exigeix aquest requisit.

4t Si escau, sol·licitud de celebració de vista (article 882 *bis*).

I s'acompanyarà del testimoni de la resolució, si s'ha lliurat al recurrent, i de còpies literals d'aquell i del recurs, autoritzades per la seua representació, per a cada una de les altres parts citades (article 874), i del document que acredite haver fet els dipòsits (article 875).

En el mateix termini i amb el mateix contingut es podrà formular adhesió al recurs (articles 873 i 874).

C) Fase de substanciació

Una vegada interposat el recurs, el Tribunal Suprem en controlarà l'admissió, tant a partir de possibles impugnacions per les parts com per l'estudi dels motius al·legats, i es pronunciarà sobre la seua admissió o no (articles 880 a 893).

La decisió sobre l'admissió no té com a únic fonament la necessitat pràctica d'impedir el pas del nombre més gran de recursos a l'examen de fons, per evitar tant com siga possible la seua acumulació davant el Tribunal Suprem, sinó que principalment és una tècnica jurídica destinada al control dels requisits que limiten els recursos.

La jurisprudència del Tribunal Suprem, sobretot en els moments inicials després de la promulgació de la Constitució espanyola, ha relacionat reiteradament el caràcter extraordinari de la cassació «i de naturalesa predominantment formal», amb el rigor formal en el control d'admissió (interlocutòria del Tribunal Suprem, sala segona, de 22 de febrer de 1979). Però encara que el legislador pugua determinar els requisits d'admissibilitat i la seua amplitud, aquests motius han de ser interpretats i aplicats sense formalismes contraris a l'esperit i a la finalitat de les normes que reglamenten el recurs de cassació (sentència del Tribunal Constitucional 154/1987, de 14 d'octubre de 1987).

La veritat és que el caràcter extraordinari i l'àmbit limitat de la cassació penal, unit a l'augment de la litigiositat produït després de l'entrada en vigor de la Constitució espanyola i reflectit també en el nombre de recursos de cassació, ha portat a complir estrictament els preceptes que el legislador ha establert sobre admissió del recurs de cassació. Una altra cosa és que la jurisprudència haja considerat no aplicables els

formalismes de manera que, a vegades, en virtut a l'anomenat principi *pro actione*, s'adopten criteris interpretatius favorables a l'admissió (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 3 de maig de 1995).

L'*iter* procedimental de la fase de substanciació és com segueix:

a) Providència pel Tribunal Suprem

Interposat el recurs i transcorregut el termini de la citació, la sala dictarà providència en què designarà el magistrat ponent que es trobe en torn, disposarà que en el termini de deu dies el secretari forme nota autoritzada del recurs (còpia literal de la part dispositiva de la resolució, del fonament de fet d'aquesta i de l'extracte dels motius de cassació, i antecedents de la causa i de qualsevol altre particular que es considere necessari), i manarà lliurar a les parts les còpies del recurs (article 880). Igualment, la sala manarà nomenar advocat i procurador per a la defensa del processat, condemnat o absolt per la sentència, si no és el recurrent ni ha comparegut. L'avocat no podrà excusar-se d'acceptar la defensa excepte per incompatibilitat (article 881).

b) Instrucció del recurs

En el termini de deu dies previst per a formació de la nota pel secretari, el Ministeri Fiscal i les altres parts s'instruiran del recurs.

c) Impugnació i sol·licitud de vista

En el mateix termini podran impugnar l'admissió del recurs o la (mal) anomenada «adhesió», en aquest cas acompanyaran l'escrit de tantes còpies com siguen les altres parts. El secretari les lliurarà a les parts, les quals en el termini de tres dies podran exposar el que estimen pertinent (article 882).

El recurrent podrà sol·licitar, en l'escrit d'interposició, la celebració de la vista. I la mateixa sol·licitud podran fer les altres parts en instruir-se del recurs (article 882 *bis*).

d) Decisió sobre admissió o inadmissió

Formada la nota, instruïdes les parts, instruït el ponent per un termini de deu dies i amb un informe previ seu, la sala dictarà una resolució sobre admissió o no del recurs o l'adhesió.

S'admetrà mitjançant providència i farà l'assenyalament per a la vista o decisió (articles 887.1 i 893).

Es rebutjarà, totalment o parcialment, quant a l'objecte o els subjectes, mitjançant una resolució fonamentada i adoptada per unanimitat, per les causes previstes en els articles 884 i 885. Les causes de rebutjament han obeït tradicionalment a la concurrència de pressupòsits o la manca de requisits del recurs. Així, la cassació serà inadmissible, d'acord amb l'article 884 de la Llei d'enjudiciament criminal, quan s'interpose per motius o contra resolucions diferents de les que expressament estableixen els articles 849 a 851 i 847 a 848 de la Llei d'enjudiciament criminal (article 884.1 i 2); no es respecten els fets que la sentència declare provats o es facen al·legacions jurídiques en notòria contradicció o incongruència amb aquells, amb l'excepció de l'article 849.2 (article 884,3); no s'observen els requisits legals de preparació o interposició (article 884.4); en els de trencament de forma, si la part que intente la interposició no ha reclamat l'esmena de la falta mitjançant els recursos procedents o l'oportuna protesta; en el motiu de l'article 849.2, si el document no consta en les actuacions o no s'han designat concretament les declaracions dels mateixos que demostren l'error. Però la Llei 21/1988, de 19 de juliol, va introduir dos motius d'inadmissió que poc o res tenen a veure amb el control formal, sinó que exigeixen al jutgador entrar en el fons de l'assumpte.

D'acord amb l'article 885, serà igualment inadmissible el recurs quan manque manifestament de fonament i quan el Tribunal Suprem ja haja desestimat en el fons altres recursos substancialment iguals. Tot i que els requisits d'admissibilitat no es consideren un formalisme, ja que es justifiquen com a garantia que impedeix la indefensió per a les altres parts (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, de 23 de març de 1994), els motius de rebutjament de l'article 885 de la Llei d'enjudiciament criminal han merescut crítiques per part de la doctrina (LORCA, CORTÉS, HINOJOSA).

La inadmissió comportarà la condemna de perdre el dipòsit i l'aplicarà la Sala de Govern per atendre exclusivament amb el seu import les necessitats imprevistes de l'Administració de Justícia de personal i material (article 890).

Contra la resolució d'admissió o inadmissió no s'hi pot interposar cap recurs (article 892).

D) Fase de decisió

a) Vista

La sala, constituïda per tres magistrats o per cinc, si la pena imposada o la que es juga imposar supere els dotze anys (article 898), decidirà l'assumpte. Sense vista, assenyalant dia per a la decisió. O després de la celebració de la vista, en el termini de

deu dies, tret que se suspenga el termini d'acord amb l'article 899 de la Llei d'enjudiciament criminal. La vista tindrà lloc quan:

- a) Les parts la sol·liciten i la duració de la pena és superior a sis anys.
- b) D'ofici o a instància de part, el tribunal l'estime necessària.
- c) Es tracte de delictes inclosos en els títols I, II, IV o VII del llibre II del Codi Penal.
- d) Se'n considere aconsellable la publicitat per les circumstàncies concurrents o la transcendència de l'assumpte (article 893 *bis a*).

La vista tindrà lloc en audiència pública, amb el Ministeri Fiscal i els defensors de les parts, encara que la seua incompareixença no serà motiu de suspensió, i sense perjudici de les correccions disciplinàries escaients (article 894).

Es portaran a la vista els recursos per l'ordre d'admissió, però si no pot tenir lloc el dia assenyalat, es designarà un altre dia al més aviat, sense alterar l'ordre en la mesura que es pugui (article 895).

Començarà donant compte el secretari de l'assumpte. Informaran les parts, segons l'ordre fixat en l'article 898 i amb possibilitat de rectificació i d'esclariment de la qüestió a sol·licitud del president del tribunal, si bé no s'autoritza cap discussió sobre existència dels fets, llevat que el recurs es fonamenta en el motiu de l'article 849.2; en cas contrari, el president pot cridar a l'ordre o fins i tot retirar la paraula (article 897).

b) Decisió mitjançant sentència

La decisió es prendrà en tot cas en forma de sentència i en els termes de l'article 900 de la Llei d'enjudiciament criminal. La decisió podrà ser de dos tipus:

a) Desestimària. Quan la sala desestime qualsevol dels motius de cassació al·legats, declararà no procedent el recurs i condemnarà el recurrent en costes (llevat que es tracte del Ministeri Fiscal) i a la pèrdua del dipòsit (article 901.2 de la Llei d'enjudiciament criminal). A partir d'aquest moment, la resolució impugnada esdevé ferma.

b) Estimària. En aquest cas, passarà al contrari, declararà procedent el recurs i cassarà i anul·larà la resolució, i manarà tornar el dipòsit a qui l'haguera constituït i declararà d'ofici les costes (article 901.1 de la Llei d'enjudiciament criminal).

Sent estimatòria, els efectes seran diferents segons que el motiu siga per trencament de forma o infracció de llei. Quan la sala estime haver-se comès el trencament de forma en què es fonamenta el recurs, estimarà i ordenarà la devolució de les actuacions al tribunal de procedència perquè, reposant-la a l'estat que tenia quan es va cometre la falta, la substancie i acabe d'acord amb el dret (article 901 *bis a*) de la Llei d'enjudiciament criminal). Si la sala anul·la la resolució objecte del recurs per motiu fonamentat en la infracció de la llei, dictarà a continuació, però separadament, la sentència que escaiga d'acord amb dret (article 902 de la Llei d'enjudiciament criminal). En aquest cas, la sentència es dictarà amb les limitacions pròpies de la prohibició de *reformatio in peius*.

Si es fonamenta en els dos tipus de motius, la sala resoldrà sobre el trencament de forma en primer lloc; i, només en el cas de desestimació, resoldrà sobre els motius d'infracció de llei (article 901 *bis b*) de la Llei d'enjudiciament criminal).

Contra la sentència de cassació i la que es dicte en virtut d'aquesta, no es podrà interposar cap recurs (article 904).

VI. L'ANOMENADA CASSACIÓ PENAL PER INFRACCIÓ DE PRECEPTE CONSTITUCIONAL

L'entrada en vigor de la Constitució espanyola, amb la seua eficàcia normativa i amb el catàleg de drets i garanties que conté, així com l'exigència que en l'ordre penal les resolucions han de ser revisades per un òrgan superior (article 14.5 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics), posen de manifest les mancances d'un recurs de cassació tradicionalment formalista i limitat. D'ací ve la tendència a l'acomodació, en sentit d'ampliació, del recurs de cassació penal a les noves exigències del nostre ordenament jurídic, d'acord amb els valors constitucionals. Aquesta tendència en la interpretació té com a límit la mateixa regulació vigent de la cassació penal, que no es pot desconèixer.

Els problemes de l'encaix degut de la cassació penal en el sistema constitucional i de la correcta interpretació dels seus preceptes, dificultada per una tradició legal i interpretativa restrictiva en la seua admissió, se solucionen amb el text de l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial, pel qual en tots els casos en què, segons la llei, escaiga recurs de cassació, serà suficient per a fonamentar-lo la infracció de precepte constitucional.

Molts van veure que per aquesta via es creava una nova via de cassació, autònoma i independent de la regulació vigent de la cassació. No obstant això, aquesta consideració considere que és errònia, almenys perquè:

1r La Constitució espanyola disposa per si mateixa d'eficàcia normativa, i els preceptes susceptibles de fonamentar cassació tenen aplicació directa sense necessitat que la Llei orgànica del poder judicial l'atorgue. De fet ja era possible aquest recurs abans de l'entrada en vigor de l'actual Llei orgànica del poder judicial i, en cas que es derogue el seu article 5.4, podria continuar sent possible motivar la cassació en la infracció constitucional. Tanmateix, cal reconèixer que aquest precepte la recordava expressament, cosa que va contribuir a la generalització quantitativa de la cassació per infracció de precepte constitucional.

2n La doctrina del Tribunal Constitucional realitza una vegada i una altra indicacions de com interpretar la regulació de la cassació, incloent-hi els pressupòsits d'admissibilitat, amb independència del motiu al·legat. La seua doctrina, en tot cas, està pressuposant sempre la vigència d'aquesta regulació.

3r La correcta interpretació de la regulació de la Llei d'enjudiciament criminal en tots i cada un dels aspectes rellevants del recurs de cassació no permet afirmar que es desnaturalitza la cassació penal o que s'òbriga una nova via autònoma a la que hi ha establerta legalment.

a) Resolucions recurribles

Els problemes relatius a les resolucions recurribles es plantegen i resolen amb independència del motiu al·legat, tant si la infracció és de precepte constitucional com si no ho és. La flexibilització interpretativa escau per a tota la cassació penal –no solament la que es basa en infracció constitucional– per la vigència de la Constitució espanyola i de l'anomenat principi *pro actione*. Malgrat tota la interpretació deguda, el recurs de cassació penal continua sent perfectament inadmissible quan la resolució no és recurrible, sense que en res afecte la naturalesa del dret infringit i resultant innocu en tot cas el text de l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial.

b) Legitimació per a recórrer

Com en el supòsit anterior, els problemes de legitimació es plantegen i resolen amb independència del motiu al·legat. Es tracta d'interpretar correctament, des d'una perspectiva constitucional, les normes de la cassació. En tot cas, no s'aprecien supòsits específics de legitimació quan s'al·legue una infracció constitucional.

c) Motius d'impugnació

No s'explicita si la norma processal és de caràcter material, funciona com a tal o és, al contrari, processal, la qual cosa dificulta el seu encaix entre els motius tradicionals *in iudicando* o *in procedendo*. L'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial no permet encaixar la infracció en aquestes vies. Basta simplement amb la menció de l'article 5.4 perquè siga admissible el recurs. Per això sembla que crea una nova via de recurs. Tanmateix, no és així en cap cas.

1r Motius basats en la infracció de llei

La infracció *in iudicando* de preceptes constitucionals troba cobertura suficient en l'article 849 de la Llei d'enjudiciament criminal. La infracció de tota norma, material o processal, constitucional o d'un altre tipus, que funcione determinant el sentit de la decisió, pot servir com a motiu de cassació d'acord amb l'article 849.1 de la Llei d'enjudiciament criminal.

No hi ha incompatibilitat en l'àmbit que correspon a l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal, degudament interpretat, i el que permet l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial. Segons el primer, és possible conèixer si s'ha produït o no una mínima activitat probatòria, bé perquè no s'ha practicat, bé perquè és nul·la, si es pot considerar «de càrrec», o si el raonament del jutjador està o no d'acord amb les regles de la lògica, l'experiència o el coneixement científic acceptats. Per tot això, d'acord amb l'esmentat article 849.2, es pot fonamentar recurs per infracció dels corresponents preceptes constitucionals relatius a la prova (entre altres, els articles 9, 18 o 24.2 de la Constitució espanyola).

2n Infracció del dret a la presumpció d'innocència

La via adequada per a al·legar-la és la infracció de llei de l'article 849.2 de la Llei d'enjudiciament criminal. Interpretat degudament, aquest article 849.2 permet la cassació no sols per error en l'apreciació de la prova sinó també per la inexistència d'aquesta mateixa prova.

3r Motius basats en el trencament de forma

A pesar que els supòsits d'infracció per trencament de forma es troben establerts en els articles 850 i 851 de la Llei d'enjudiciament criminal, en aquests cal emparar la major part, per no dir tots, els supòsits d'infracció processal *in procedendo* sobre la base que les infraccions més greus a les expressament considerades estan igualment

emparades. A més, comptem amb els articles 238.3 i 240 de la Llei orgànica del poder judicial, que permetrien en tot cas al·legar-los. Aquest problema, amb tot, no és exclusiu de la cassació penal, sinó de tots els mitjans d'impugnació, siga quin siga l'ordre jurisdiccional o la instància.

En el supòsit de prova lícita i il·lícita, la via adequada hauria de ser l'article 850. Es tracta d'un trencament de forma i no és possible absolució, ja que per això caldria valorar la resta de la prova. En cas que s'impose pena més lleu, en lloc de més greu com preveu expressament l'article 851.4, podria ser fonament de la cassació, ja que cal entendre que l'esmentat article 851.4 es refereix a qualsevol supòsit de discrepància.

Com a màxim, si s'al·lega infracció de precepte constitucional, es produeix la irrellevància del punt concret de l'article 850 o 851 en què es fonamenta; n'hi hauria prou d'assenyalar la vulneració produïda respecte del precepte constitucional. Però en tot cas, amb menció del precepte o no, l'error continuarà sent *in procedendo* i operarà com a tal.

d) Admissió del recurs

Amb una correcta regulació i interpretació dels motius, l'admissió suposa una tècnica jurídica destinada al control dels requisits que limiten els recursos.

Si el recurs es basa en la infracció de precepte constitucional, no cal advertir que s'utilitza la inexistent via de l'article 5.4 de la Llei orgànica del poder judicial. Però això no significa que no hi siga aplicable l'article 884.4 en relació amb l'article 855, ambdós de la Llei d'enjudiciament criminal. La infracció de precepte constitucional no crea, per descomptat, una via en què no regeix el dret processal.

e) Efectes de l'estimació

La infracció de precepte constitucional pot operar *in iudicando* o *in procedendo*. La seua estimació ha de tenir els efectes propis que es preveuen en la cassació per a aquests supòsits: en el primer, els efectes previstos en l'article 901 i 901 *bis a*); en el segon, els de l'article 902, tots de la Llei d'enjudiciament criminal. El problema és que en algunes infraccions constitucionals resulta difícil constatar l'operativitat de la infracció.

1r Vulneració de l'acusatori i contradictori per haver-se condemnat per delictes diferents, encara que no més greu, del que ha estat objecte de recurs

La naturalesa d'aquesta infracció és *in procedendo*, de manera que els efectes que escauen, excepte modificació legislativa que no s'ha produït, han de ser els de l'article 902 de la Llei d'enjudiciament criminal, és a dir, cassar la sentència i retrotraure les actuacions perquè es pugui formular una nova acusació, s'articule la possibilitat establerta en l'article 733 o, en cas contrari, siga el jutge *a quo* qui absolga.

2n Vulneració de la necessària contradicció en la pràctica de prova

Totes les proves no practicades en el judici oral són inexistents amb caràcter general. La causa que motiva la manca de pràctica ens indicarà si l'error és *in iudicando* o *in procedendo*. Si la manca de pràctica es produeix amb infracció d'alguna disposició, com ara la manca de citació, es pot produir indefensió i, per tant, infracció de precepte constitucional. Es tractaria en aquest cas d'un error *in iudicando*, de manera que escauria la retroacció d'actuacions perquè es faci possible el contradictori.

Pot haver-hi dificultats de delimitació entre error *in iudicando* o *in procedendo*. Però aquest problema és previ, més propi de la naturalesa dels drets constitucionals que de la cassació penal. Els efectes que corresponen a l'error *in iudicando* o *in procedendo* no s'alteren en tot cas quan aquest es dona per infracció de drets constitucionals.

3r Vulneració del dret a un procés sense dilacions indegudes

Efecte de la vulneració d'aquest dret és l'atenuant analògic de dilacions indegudes de l'article 21.6 del Codi Penal i, si escau, la responsabilitat pecuniària. La seua infracció serà per aquesta via motiu de cassació. En cas de ser estimat, la conseqüència és que es reduïska la pena segons els articles 21.6 i 66.2 del Codi Penal.

En el ple de 21 de maig de 1999, la sala segona del Tribunal Suprem va acordar la procedència de compensar l'entitat de la pena corresponent al delictes jutjat mitjançant l'aplicació de l'atenuant analògic de l'article 21.6 del Codi Penal, en els casos en què s'hagen produït en l'enjudiciament dilacions excessives i indegudes, no reprotxables al mateix acusat ni a la seua actuació processal. Donant amb això completa eficàcia al manament constitucional que al·ludeix al dret de tothom a un procés sense dilacions indegudes (art. 24.2 de la Constitució). Aquest dret al procés sense dilacions es plasma en l'exigència que la durada de les actuacions no excedisca el temps prudencial, sempre que no hi haja raons que ho justifiquen; o que aquestes mateixes dilacions no siguin causades per veritables aturades del procediment degudes al mateix acusat que les pateix. Per tant, les dilacions indegudes comporten la lesió d'un dret fonamental que ha

de ser compensat en la pena que s'impose, de manera que la privació de drets que implica la pena guardi proporció amb la gravetat de la culpabilitat pel fet. És un concepte obert o indeterminat que requereix, en cada cas, una valoració específica sobre si hi ha hagut retard efectiu veritablement atribuïble a l'òrgan jurisdiccional, és injustificat i constitueix una irregularitat no raonable a la durada més gran del que és previsible o tolerable (sentència del Tribunal Suprem, sala segona, 19 de setembre de 2008).