



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL "DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"

CURSO

LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL

MATERIAL:

LA DOBLE INSTANCIA PENAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN

(SEPARATA No.1)

AUTOR: PABLO CACHÓN VILLAR

LA DOBLE INSTANCIA PENAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN

Pablo Cachón Villar
Magistrado Emerito del Tribunal Constitucional
Magistrado Jubilado del Tribunal Supremo

Son dos las principales cuestiones sobre las que versa el presente trabajo En primer lugar la vigencia de los principios constitucionales de inmediación, contradicción y publicidad en la segunda instancia penal: como dice la STC 16" 2002, de 18 de septiembre, "en el ejercicio de las facultades que el art 795 LECrim otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE". En segundo lugar el derecho de todo condenado a la revisión del fallo condenatorio por un Tribunal Superior según proclaman determinados textos internacionales Con motivo de ello se estudie/ la doctrina jurisprudencial sobre la segunda instancia penal iniciada por la STC 167 2202, que a su vez se inspira en doctrina del TEDH. Y asimismo se atiende al sentido y evolución del recurso de casación penal, a la luz de la normativa internacional, con referencia expresa a determinados dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Por último se examina el actual Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la legislación procesal y su adaptación a la Ley Orgánica 61985, del Poder Judicial, con el que se pretende una efectiva generalización de la doble instancia penal v una reforma del recurso de casación, reforzando su función unificadora.

I. EI- DERECHO AL RECURSO

Es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal, salvo en el ámbito del procedimiento penal. Así, en este sentido, afirma la STC 223/2002, de 25 de noviembre, lo siguiente: «[...] este Tribunal viene manteniendo, a partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal por razón de la existencia en el del derecho del condenado al doble grado de jurisdicción, sin que pueda encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (por todas. STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1, dictada por el Pleno de este Tribunal))».

La excepción del proceso penal viene dada por la normativa internacional, aplicable en nuestro Derecho conforme a las previsiones del art. 10.2 CE, según el cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»). En el caso interesa fundamentalmente el art. 14.5 PIDCP, de 16 de diciembre de 1966, que reconoce el derecho del condenado a un juicio revisorio en los términos siguientes: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se lo haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley».

En este sentido Gabe mencionar asimismo el art. 2 del Protocolo núm. 7 CEDH, de fecha 22 de noviembre de 1984. Este artículo dispone en su apartado primero que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad a la condena sea examinada por un Órgano jurisdiccional superior»: y añade que el ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que no se ejercen, se regularán por la ley». A continuación, en el apartado segundo, establece excepciones a la norma general que se acaba de transcribir: (Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución». De todos modos interesa destacar que este Protocolo no ha sido ratificado por España.

Por último es obligada la cita del art. 6.1 CEDH en la medida en que, si bien no contempla el derecho al recurso, su contenido —en el particular referido al principio de la audiencia pública en presencia, y con posible defensa, del acusado— puede ser exigible en el juicio de segunda instancia, como ha señalado el TEDH en diversas sentencias, a las que luego se hará referencia. Dicho precepto, en el particular que ahora interesa, dice así: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]

II. LOS RECURSOS CONTRA SENTENCIAS PENALES EN LA ACTUAL LEGISLACION ESPAÑOLA

Veamos ahora cual es el sistema de recursos contra sentencias vigente en nuestra legislación penal (prescindiendo en este estudio de los recursos existentes contra autos o providencias). Es el que a continuación se expone.

1. Atendiendo a las previsiones de la LECrim:

A) Recurso de apelación contra:

- a) Sentencias dictadas en primera instancia en Procedimiento de juicio de faltas (según los casos, Juzgado de Instrucción, Juzgado de Violencia sobre la mujer o Juzgado de Paz). La competencia para el conocimiento de la apelación viene atribuida a la Audiencia Provincial en los dos primeros casos y al Juez de Instrucción en el tercero.
- b) Sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Penal o el Juzgado Central de lo Penal en Procedimiento abreviado, La competencia para el conocimiento de la apelación se atribuye, respectivamente, a la Audiencia Provincial correspondiente y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
- c) Sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Penal en Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. La competencia en segunda instancia se atribuye a la Audiencia Provincial correspondiente.

B) La LECrim prevé un recurso que explícitamente denomina de apelación (pero que en realidad presenta los caracteres de un recurso extraordinario) contra las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado. La competencia para el conocimiento del recurso se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

C) Recurso de casación contra:

- a) Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia.
- b) Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia.

2. Por su parte la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevé:

- a) Recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores en el procedimiento regulado en dicha Ley. La competencia de apelación se atribuye a la Audiencia Provincial correspondiente¹
- b) Recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refieren las reglas 4ª y 5ª del artículo 9 de la Ley. Se trata de un recurso de casación de unificación de doctrina, que exige la existencia de contradicción de la Sentencia recurrida con otra sentencia bien de dichas Salas (es decir, las Audiencias Provinciales), bien del Tribunal Supremo, respecto de determinados extremos².

III. EL SISTEMA ESPAÑOL DE RECURSOS PENALES Y LA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I. INDICACIONES PREVIAS

- A) En principio he de señalar que, dadas las características del Juicio de Jurado, tanto por tener propiamente dos recursos extraordinarios, el de casación y, antes, el de apelación [véase la motivación exigida en este Último, art. 846 bis c) LECrim], como por las peculiaridades del enjuiciamiento y sus diferencias respecto de los demás procesos penales, no me referiré a él en la exposición que sigue.
- B) Tradicionalmente se vino entendiendo por nuestros Tribunales que ambos tipos de recursos —apelación y casación— cumplían las exigencias derivadas de la normativa internacional expuesta.

En este sentido, y en relación con el art. 14.5 PIDCP, dijo la STC 37/1988, de 3 de marzo, a la que luego han seguido otras, que el mandato de dicho *art. 14.5*, como ya se habla dicho en la STC 42/1982, de 5 de julio. «no es bastante para

¹Según la modificación operada en el art. 41, apartados 1 y 3, de la Ley Orgánica 5/2000 por la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre.

²La Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, establece que todas las referencias a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia contenidas en la Ley Orgánica 5/2000 han de entenderse hechas a las Audiencias Provinciales. La Ley Orgánica 9/2000 entre en vigor el 14 de diciembre de dicho año, antes por tanto que la Ley Orgánica 5/2000, cuya entrada en vigor se produjo el 13 de enero de 2001.

crear por sí mismo recursos inexistentes)), pero que, sin embargo, «obliga a considerar que entre las garantías derivadas del art. 24 CE se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior». Y añade lo siguiente: «La libertad de configuración por parte del legislador interno de cual sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 del Pacto ("...conforme a lo prescrito por la ley'). Ello permite que en nuestro ordenamiento cumpla tal función en determinados supuestos el recurso de apelación [... 1 y permite asimismo que dentro del ordenamiento y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior [... 1 De la lectura del art. 14.5 del Pacto "se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia", sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación este Tribunal ha entendido que tal recurso, a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto».

2. EL RECURSO DE APELACIÓN. LA DOCTRINA ANTERIORA LA STC. 167/2002. DE 18 DE SEPTIEMBRE

El recurso de apelación se conceptuaba normalmente como un novum iudicium, con competencia plena —dentro de los límites impuestos por la pretensión impugnatoria— para el conocimiento y fallo del litigio. Ello se afirmaba, incluso, desde la perspectiva constitucional. Así, la STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 3 afirma que, «atendida nuestra jurisprudencia, nada se ha de oponer a una resolución que a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta de la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997) pues tanto 'por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma' como por lo que se refiere a 'la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba' el Juez ad quem se halla 'en idéntica situación que el Juez a quo' (STC 172/1997. FJ 4.º, y asimismo, SSTC 102/1994. 120/1994, 272/1994, 157/1995 y 176/1995) y, en consecuencia, "puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo" (SSTC 124/1983, 23/1985. 54/1985, 145/1987. 194/1990, 323/1993 y 172/1997)». Y en esta misma línea jurisprudencial declare la precitada STC 120/1999 que *a quien no ha solicitado la práctica de la prueba ni la celebración de juicio oral ante el Órgano ad quem no puede luego invocar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de inmediación, oralidad y contradicción en la fase de apelación».*

Sin embargo esta jurisprudencia hubo de cambiar, como consecuencia de la doctrina establecida por el TEDH en la interpretación del art. 6.1 CEDH. El cambio jurisprudencial se efectuó con la STC 167/2002, a la que luego me referiré.

3. EL RECURSO DE CASACION

En el sentido expresado de adecuación del sistema de recursos al art. 14.5 PIDCP ya se ha hecho mención de la doctrina del TC, con la cita de la STC 37/1988. Acogió también este criterio la jurisprudencia del TS. Así, la STS 430/1999, de 23 de marzo, dice lo siguiente: *«Ha de recordarse que el recurso de casación penal, además de su función propia normativa y unificadora de doctrina. Cumple en nuestro Ordenamiento la función de satisfacer el derecho fundamental de todo condenado a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior- (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Humanos y Políticos), y, en consecuencia, ha de reconocérsele en espacio propio de control, diferenciado y más intenso en el plano jurisprudencial que el atribuido al recurso de amparo: espacio limitado, en cualquier caso. Por el respeto al principio de inmediación».*

En este sentido señala Candado CONDE-PUMPIDO³ que *o/a efectiva realización de esta misión ha obligado a la doctrina jurisprudencial a agotar los procedimientos para cumplir esta función revisora, incluyendo de alguna manera la revisión fáctica», lo cual ha sido posible a través del desarrollo de la doctrina casacional sobre la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad, la prueba indiciaria, la exigencia de motivación, etc.».* Y añade lo siguiente al respecto: *«Como vía más destacada la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: 1º una prueba de cargo suficiente; 2º una prueba de cargo que haya sido constitucionalmente obtenida; 3º una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada, y 4º una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada. Estos cuatro parámetros permiten una amplia revisión del juego probatorio, y en consecuencia el recurso de casación ha ensanchado sus límites, convirtiéndose, prácticamente en una segunda instancia, al menos en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias».*

Cabe en este sentido la cita de la STS 6791/1998, de 28 de julio: *«Se ha repetido numerosas veces en la jurisprudencia que es*

³ "El derecho a la doble instancia penal. Presente y Futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penales. dentro del Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre *Constitución y garantías penales*. Madrid. 2003.

función de esta Sala de casación, cuando en tal vía se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia comprobar si el tribunal sentenciador contó con prueba de cargo suficiente para dictar una resolución condenatoria, si esa prueba se ha obtenido en legítimas condiciones de publicidad, intermediación y contradicción, y II sin violentar derechos ni libertades fundamentales, así como cerciorarse de que tal prueba ha sido evaluada por el juzgador de instancia de acuerdo con criterios lógicos y de experiencia».

No obstante el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha entendido en algunos dictámenes que este recurso de casación no se adapta a las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP. De todos modos parece haber rectificado este criterio en posteriores decisiones de inadmisión. A todo ello se hará referencia en su momento (en concreto, en el apartado VI del presente estudio).

IV. LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002 SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

INDICACIONES PREVIAS

El cambio jurisprudencia) respecto del recurso de apelación se debe a la STC 167/2002, de 18 de septiembre, cuya doctrina —apartándose de la entonces existente— ha sido recogida y seguida por otras muchas sentencias del mismo Tribunal. El ámbito jurídico afectado es el de la valoración de la prueba, teniendo en cuenta que el recurso de apelación puede fundarse, entre otros motivos, en el «*error en la apreciación de las pruebas*» (actual art. 790.2 LECrim).

Dicha sentencia, tras referirse a la doctrina mantenida hasta entonces (y a la que ya se ha hecho alusión en el apartado 111.2), dice lo siguiente en el fundamento jurídico noveno: «[...] *es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida, to que es facultad del Pleno de este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 13 de su Ley Orgánica, para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en cuanto a la que ahora nos ocupa a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950. y más en concreto a las del art. 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 CE*».

2. LA DOCTRINA DEL TEDH

El TEDH ha ido estableciendo una jurisprudencia en el marco penal de la segunda instancia, con la que no concordaba la ya reseñada doctrina de nuestros Tribunales.

La Sentencia de 26 de mayo de 1988 (*caso Ekbatanp* afirma que *proceso penal constituye un todo y la protección del art 6 no termina con el (alto de primera instancia*)» (apdo. 24), y que, por ello, para establecer si está justificado el que se hubiera prescindido en el trámite de apelación del principio de la audiencia pública en presencia, y con posible defensa, del acusado, «*hay que tener en cuenta en su conjunto el proceso tramitado según el ordenamiento jurídico interno y la tarea que en el desarrolla el tribunal de apelación*», así como también *rda manera en que los intereses del demandante fueron expuestos y protegidos ante dicho Órgano judicial*, (apdos. 27 y 28; en el mismo sentido SSTEDH de 29-10-1991, *caso Jan-Ake Andersson*, apdos. 22 y 23; de 29-10-1991, *caso Fejde*, apdos. 26 y 27; y de 27-06-2000, *caso Constantinescu*, apdo. 53).

A ello añade la Sentencia *Ekbatani* b siguiente: «*Como el Tribunal lo ha declarado en varias ocasiones, la falta de una vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se haya celebrado en la primera. Así. en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación, o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, se cumplirán los requisitos del artículo 6, aunque el Tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente j...]*» (apdo. 31; ídem *Sentencias Andersson*, apdo. 27, y *Fejde*, apdo. 31, así como las SSTEDH de 29-10-1991, *caso Helmers*, apdo. 36, y de 25 de julio de 2000, *caso Tierce*. apdo. 95).

Asimismo señalan las precitadas Sentencias Andersson (apdo. 27), Fejde (apdo. 31) y Helmers (apdo. 36) que, si bien «la publicidad constituye sin duda, uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales», sin embargo «para determinar si los debates públicos corresponden a una necesidad tras el proceso en primera instancia, hay que tener en cuenta otras consideraciones como el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable y la necesidad de una tramitación rápida de los asuntos incluidos en el Registro».

La Sentencia Ekbatani afirma, por último, que «en el caso de autos el tribunal de apelación conocía tanto de las cuestiones de hecho como de las del Derecho», y que «en especial tenía que estudiaren su conjunto la culpabilidad o la inocencia del demandante» (apdo. 32), de modo que, «dadas las circunstancias no se podía resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del demandante —quien protestaba que no había cometido la acción considerada punible (apdo. 15. supra)— y del reclamante». De ello concluye que era exigible en la apelación una nueva audiencia, «en presencia de los dos interesados», por lo que, al no haberse producido tal nueva audiencia, se había vulnerado en el caso el art. 6.1 CEDH.

A igual conclusión llega la Sentencia Constantinescu (apdo. 61), tras afirmar, siguiendo la Sentencia Ekbatani, que, según ya tiene declarado el Tribunal, «cuando una instancia de apelación es llamada a conocer sobre un asunto de hecho y de Derecho, y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir sobre estas cuestiones sin apreciación directa de los testimonios presentados en persona por el acusado que mantiene que no ha cometido el acto tenido como un delito» (apdo. 55). En el mismo sentido cabe hacer mención de las Sentencias Helmers, apdos. 33 y 39, y Tierce, apdos. 95 y 102.

Interesa señalar que en los casos *Andersson* y *Fejde*, ya mencionados, partiendo de la misma doctrina que las anteriores sentencias se llega a conclusión diferente (no vulneración del mencionado precepto CEDH, pese a la falta de audiencia pública en apelación), al entender que el recurso no planteaba ninguna cuestión de hecho o de Derecho que no pudiera resolverse adecuadamente basándose en el expediente (en el primero de los casos el acusado había admitido la realización por el del hecho denunciado, y en el segundo no había cuestión acerca de los hechos relevantes para la decisión).

3. LA DOCTRINA DE LA STC 167/2002

Como queda indicado la STC 167/2002 elabora la nueva doctrina, principalmente en los fundamentos jurídicos noveno, decimo y undécimo, a partir de la expresada jurisprudencia del TEDH. Se exponen a continuación los puntos fundamentales de tal doctrina, luego recogidos y desarrollados en posteriores sentencias, de algunas de las cuales se hará mención en su momento.

- A) La STC 167/2002 señala, en primer lugar, que el hecho de que un Tribunal de apelación este investido de plenitud de jurisdicción (en el sentido expresado en el anterior apartado 111.2) no implica que siempre y necesariamente, en aplicación del art. 6 CEDH, exista «el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar».
- B) En segundo lugar la Sentencia centra la cuestión a resolver en el caso: ii..]la cuestión es si en of contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) entre las que se integre la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse en límite para la revisión de la valoración de la prueba por el Órgano llamado a decidir el recurso de apelación, y si tal posible límite se ha respetado en este caso». Para su resolución no es suficiente examinar si se ha respetado o no la literalidad del art. 795 LECrim (hoy, art. 790), «sino que es necesario en todo caso partir de una interpretación de dicho precepto con forme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita (y dejando aparte, en caso contrario, la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad) para dar entrada en el a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías».
- C) En tercer lugar resalta —como «elemento claven que caracteriza al problema constitucional del caso— el hecho de que «nos hallamos ante una Sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por tina Sentencia condenatoria, y que es recurrida en amparo por los condenados en la apelación». Y señala, al efecto, que la dificultad de una interpretación constitucionalmente conforme del entonces art, 795 LECrim para su aplicación al caso «no es evidentemente la misma f...] que pudiera suscitarse en el caso de sentencias condenatorias en primera instancia y en los recursos de apelación contra ellas, interpuestos bien por la parte condenada postulando la absolución, bien por la acusadora pretendiendo una condena de mayor gravedad». Concluye sobre el particular afirmando que «las dificultades de interpretación conforme en esos últimos casos no deben enturbiar el análisis de la solución a pronunciar en éste, al que debemos ceñirnos estrictamente».
- D) En cuarto lugar la mencionada Sentencia recuerda que «el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento. otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho», dado «su carácter, reiteradamente proclamado, de novum iudicium [...]». Y concluye sobre el particular afirmando lo siguiente: «Pero en el ejercicio de las

facultades que el art. 795 LECrim otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE».

- E) En quinto lugar reafirma dicha sentencia la exigencia de que han de respetarse los principios de inmediación y contradicción en apelación, lo que no se ha hecho en el caso conocido por aquélla, con la consiguiente vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Dice, al efecto, la sentencia: «De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba. quienes en el acto del juicio hablan negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además 1...] la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por estos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación».
- F) Por Ultimo —y precisamente a continuación del texto que acaba de transcribirse— la sentencia afirma que la audiencia pública en la segunda instancia puede tener lugar sin necesidad de previa petición de parte. Dice lo siguiente sobre el particular: a-En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en la STC 12011999, de 28 de junio, FJ 6. de que los demandantes de amparo no hubieran solicitado la celebración de vista en la apelación, pues en la medida en que dicha vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal al que acude puede satisfacer la pretensión que ante 01 formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisivo, ya que el art. 795.6 LECrim establece que la Audiencia podrá acordar la celebración de vista citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada (en este sentido, en relación con un supuesto similar, STEDH de 8 de febrero de 2000 —caso Cooke contra Austria—, par 43)».

V LA APLICACION DE LA DOCTRINA DE LA SIC 167/2002

La aplicación de esta nueva doctrina jurisprudencial del TC comporta la presencia de determinados problemas en la segunda instancia penal, a los que me refiero a continuación.

1. CUESTIONES DE HECHO Y DE DERECHO

La exposición precedente pone de manifiesto que sólo las cuestiones de hecho son relevantes a los fines de establecer si ha de haber o no audiencia pública en la segunda instancia. Las cuestiones jurídicas no generan la necesidad de tal audiencia pública. Asílo entiende el TC, del que se reseñan sucintamente a continuación las SSTC 209/2003, de 1 de diciembre, y 113/2005, de 9 de mayo.

- A) La cita, a estos efectos, de la STC 209/2003 se hace en relación con la falta de injurias apreciada en la sentencia de apelación recurrida en amparo, no así, en cambio, en cuanto al delito de lesiones también apreciado en esta misma sentencia. La STC 209/2003 estima que la condena por falta de injurias no vulneró el derecho fundamental invocado por el recurrente en amparo, ya que «la Audiencia Provincial, sin modificar los hechos [...], realiza una calificación jurídica distinta que por ello, no compromete los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y cuya vulneración se contrae ahora nuestro análisis».
- B) En el mismo sentido opera la STC 113/2005, que desestimó el recurso de amparo formulado contra Sentencia de Audiencia Provincial, que—revocando Sentencia absolutoria del Juzgado— había condenado al recurrente en amparo por un delito de atentado y una falta de lesiones.

En cuanto al delito de atentado dice la STC que la Sentencia de la Audiencia Provincial «concluye en afirmar la concurrencia de un delito de atentado a partir de la misma base fáctica declarada probada por la Sentencia de instancia». Y señala a continuación que «con relación a las dudas del juzgador a quo acerca de la existencia de una extralimitación

en la intervención de los policías, la Audiencia Provincial argumenta que es precisamente esa duda, esto es, que no hubiera quedado probada esa extralimitación, lo que permite afirmar la existencia del delito», pues tal supuesta extralimitación tenía que haber sido probada para que pudiera servir de base como una efectiva circunstancia eximente. Así pues, concluye en este particular la STC, lo que existe es una mera cuestión jurídica: «[...] el objeto de la controversia no es si debe considerarse o no probada tal extralimitación, sino si no estando probada —algo que expresamente asume el juzgador a quo—, es jurídicamente correcto calificar esos hechos probados resultantes como una situación de legítima defensa ajena a la prueba de los hechos que en lo referido al delito de atentado, no se discute»

De todo ello concluye la STC que no ha habido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, *fe por cuanto la condena en segunda instancia se ha fundado sobre una diferente calificación jurídica —para lo que ninguna incidencia tiene la inmediación ni las demás garantías inherentes al juicio oral— y no sobre una diferente ponderación acerca de la credibilidad de las declaraciones testificales».*

La misma argumentación —en relación con la falta de prueba de la supuesta extralimitación de los agentes— se emplea en la Sentencia de la Audiencia Provincial para fundamentar la condena por falta de lesiones. Por ello la STC concluye de la misma forma que para el delito de atentado: *«[...] la condena por la falta de lesiones se fundamenta de igual modo en una diferente calificación jurídica, y no en un diferente juicio acerca la credibilidad de las pruebas testificales, por lo que no concurre vulneración alguna del art. 24.2 CE»,*

2. PRUEBAS PERSONALES: DECLARACIONES DEL ACUSADO Y DE LOS TESTIGOS

Son estas las pruebas en las que es exigible la inmediación, en la medida en que la percepción sensorial de la declaración sirve para juzgar sobre la credibilidad del declarante acerca de los hechos sobre los que depone. Es esta «credibilidad subjetiva» sobre la que se sustenta la exigencia de inmediación en la prueba personal. No, en cambio, como señala Roberto GARCÍA-CALVO⁴, cuando b falta de credibilidad (la falta de verosimilitud de la declaración) se basa en *datos objetivos (imposibilidad física de los hechos narrados en una declaración exculpatoria; contradicción palmaria con lo acreditado documentalente: incorrección técnica pericialmente acreditada...)*», pues en tales casos el Juez de apelación puede valorar la declaración sin la presencia personal del declarante.

- A) A dicha credibilidad subjetiva se refiere la STC 168/2005, de 20 de junio *«Procede, entonces, determinar si la argumentación seguida por la Audiencia Provincial para llegar al fallo condenatorio tiene como fundamento una nueva valoración de la credibilidad de los testigos, caso en el que (...J se vulnerarla el art. 24.2 CE, o si, por el contrario, la condena se ha basado ya en una diversa valoración de pruebas no personales. ya en una diferente calificación jurídica de los hechos».*

Interesa destacar que en el caso de dicha STC la Audiencia Provincial había modificado los hechos declarados como probados por la Sentencia de instancia, basándose *«en la literalidad de las declaraciones que constan en el acta del juicio. Pues bien, entiende la precitada STC que con ello se ha llevado a cabo una nueva e indebida valoración de las pruebas testificales: «Aunque ello fuera así, y efectivamente el Juez de instancia hubiera interpretado incorrectamente la prueba practicada ante él, para llegar a esa conclusión, según la doctrina antes expuesta [se refiere a la doctrina de la STC 167/2002], la Audiencia debería haber acordado nuevamente la práctica de las pruebas con las debidas garantías, y, al no hacerlo se ha vulnerado el derecho fundamental cuyo alcance ha sido precisado por la doctrina antes expuesta. y por tanto debe otorgarse el amparo solicitado al demandante».*

- B) Es suficiente, tratándose del acusado (absuelto en la primera instancia), haberle dado la oportunidad de declarar ante el Tribunal de apelación. con independencia de que haya hecho uso o no de tal oportunidad. En tal caso, no hay vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Así se infiere de la STC 186/2005, de 4 de julio: *«En el presente caso la Audiencia Provincial acordó la celebración de vista oral, con citación al recurrente en la cual aunque su finalidad inmediata fuera la práctica de una prueba que, impugnada por el actor no llegó a tener lugar, se oyó a las partes y se concedió al recurrente la palabra para que interviniera como a su derecho conviniera, optando éste por no añadir nada más a lo ya dicho por su defensa. Ello permite*

⁴ «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC167/2002». dentro del Curso del Consejo General del Poder Judicial sobre *Constitución y garantías penales*. Madrid. 2003

considerar que el Tribunal pudo oír al acusado con respeto de las garantías de inmediación y contradicción [...]». Tal circunstancia fundamenta la desestimación del motivo de amparo, referido a la vulneración del expresado derecho fundamental.

C) No es exigible la inmediación si se trata de revisar la razonabilidad del discurso de valoración de la prueba. A ello me refiero a continuación.

1º Dice la STS 441/1999, de 23 de marzo, refiriéndose al recurso de casación, y reiterando doctrina que, sin duda, vale a los efectos de las presentes consideraciones sobre el recurso de apelación, que *a el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica los principios de la experiencia y los conocimientos científicos».*

2º Este es el caso de la STC 170/2005, de 20 de junio. Se trataba de un recurso de amparo contra sentencia de apelación, condenatoria de quien en la instancia había sido absuelto del denunciado delito de apropiación indebida. Ambas sentencias partían de los mismos hechos probados, difiriendo en la apreciación del ánimo de apropiación (por parte del denunciado) del dinero recibido. La mencionada STC deniega el amparo basándose en que, si bien el Juzgado de instancia había considerado *«que no se podía afirmar más allá de toda duda razonable que el acusado hubiera incorporado a su patrimonio el importe de las deudas cobradas en nombre de la entidad por cuya cuenta trabajaba, el Tribunal de apelación se limita a efectuar un control sobre la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, concluyendo que, conforme a las reglas de la experiencia, la conclusión ha de ser la contraria y realizando una nueva inferencia».*

Afirma la STC que para ello no era necesario reproducir en la segunda instancia el debate procesal con inmediación y contradicción, puesto que se trate simplemente de efectuar una deducción conforme a las reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso”.

D) En relación con la expresada revisión de la razonabilidad del discurso valorativo de la prueba presenta mayor complejidad el supuesto contemplado por la STC 338/2005, de 20 de diciembre. Esta Sentencia desestimó recurso de amparo interpuesto contra Sentencia condenatoria dictada por el Juez de Instrucción en apelación de juicio de faltas, en cuya instancia había recaído Sentencia absolutoria dictada por el Juez de Paz. El juicio de faltas se había seguido por supuestos insultos, y en el habían declarado el denunciante, el denunciado y un testigo.

Dice la STC que «el Juez de Instrucción llegó a un pronunciamiento condenatorio como consecuencia de la alteración de los hechos probados declarando como tales en esencia, los hechos por los que se formuló la denuncia», y señala que «pare llegar a tal conclusión el órgano judicial otorga credibilidad a la declaración testifical [...], credibilidad que lo había sido negada por el Órgano a quo, y que junto con la declaración del denunciante en sentido coincidente, se convierte en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia [...]».

A los fines del presente estudio lo que interesa destacar es que, según la STC. *«la alteración de los hechos probados que realice el Juez de apelación es consecuencia de la verificación externa de la razonabilidad y coherencia de los concretos motivos por los que el Juez de Paz no concedió verosimilitud a la declaración de un testigo que depuso en el mismo sentido que el denunciante».* Y resalta al efecto que el Juez de Instrucción *«fue rebatiendo una por una las razones ofrecidas en la sentencia apelada para privar de credibilidad a la declaración del testigo».* Se trata, en definitiva, dice la STC, de un *«control externo del razonamiento del Juez de Paz»*, que se realiza en la Sentencia de apelación *«de modo razonado, razonable y sin incurrir en error patente».*

Concluye la STC del siguiente modo: *«Rebatidas las razones por las que el Juez de Paz rechazó la credibilidad de las manifestaciones del testigo al Juez de Instrucción no le queda sino atender a su contenido (sobre el que no se hace cuestión) y combinarlo con las declaraciones del denunciante en sentido coincidente y no controvertido pero que, como prueba única, es reputada como insuficiente para fundar en ella la condena del denunciado debido a la existencia de un enfrentamiento previo con el denunciante. Al proceder de este modo el Juez de Instrucción no se sobrepone o sustituye al Juez de Paz, sino que, depurada la lógica del razonamiento empleado por este, continua su razonamiento con*

presupuestos (verosimilitud de la declaración del testigo) corregidos sin vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías».

Es obligado señalar que no es este un caso igual al anteriormente contemplado (el de la STC 170/2005). En ambos se está ante un control externo del discurso de valoración de la prueba, pero hay diferencias en los Tinos de control: a) en el caso de la STC 170/2005 el control y su efecto quedan en el propio discurso (en el sentido de que la inferencia ha de ser otra) sin incidir sobre los elementos o medios de prueba, b) no sucede lo mismo, en cambio, en el caso de la STC 338/2005, en el que el control y su efecto se extienden no sólo al propio discurso valorativo, sino que van más allá, para incidir sobre el elemento de prueba (el testigo) en orden a otorgarle credibilidad pese a la falta de intermediación. A ello se une la referencia a la declaración del denunciante (también carente de intermediación respecto del órgano *ad quem*), bien que su rechazo en la instancia se fundaba, al parecer en su insuficiencia por ser prueba única, unida al hecho del enfrentamiento con el denunciado.

Por todo ello creo que se está en realidad ante un caso muy dudoso, que es, desde luego, un caso límite.

3. PRUEBA PERICIAL

En cuanto la prueba pericial suministra datos (mediante la expresión de conocimientos científicos o de máximas de experiencia) para la interpretación de los hechos que han de enjuiciarse, no parece que sea una prueba que haya de practicarse bajo la exigencia de intermediación. De todos modos, como señala Roberto GARCÍA-CALVO⁵, ha de estarse al caso concreto.

- A) La STC 143/2005, de 6 de junio, contempla un caso en el que la prueba de cargo sobre la que se fundamenta la sentencia condenatoria recurrida es la prueba pericial presentada por la acusación, prueba de la cual se dice que, *«dada su naturaleza y la de/ delito enjuiciado [delito contra la hacienda pública. si podía ser valorada en el presente caso sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal, en cuanto que en el documento escrito de los citados informes periciales están expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes llegan [...]]».*
- B) Por su parte la STC 412003, de 27 de febrero, en materia de delito de abusos sexuales de una menor, entiende vulnerado el derecho fundamental al haber procedido la Audiencia Provincial, sin respetar los principios de intermediación y contradicción, *«a una nueva valoración de la prueba testifical y pericial y de las declaraciones del acusado en relación con el elemento subjetivo que integra el delito de abusos sexuales».* La prueba pericial había consistido en un peritaje efectuado por la psicóloga judicial a la menor ofendida.
- C) A su vez la STC 1012004, de 9 de febrero entiende que en el caso por ella conocido era exigible la intermediación, en cuanto que el perito no se limitaba a la aportación de específicos conocimientos o máximas de experiencia, sino que extendía su intervención a la apreciación de algún hecho concreto. Por ello estimó vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. El recurso de amparo se había formulado por quien —habiendo sido absuelto en la instancia— fue condenado por la Sentencia de apelación como autor del delito de daños por el que había sido denunciado.

Afirma, al efecto, dicha STC que el perito *«no se limitó a proporcionar a los jueces una máxima de experiencia o herramientas para apreciar un hecho científico, sino que apreciando un hecho realizó una valoración del mismo, de modo que la relación entre el dictamen y su valoración como prueba se produjo, precisamente, desde el prisma de su credibilidad».* En relación con tal conclusión debe indicarse que inmediatamente antes había dicho la STC que la Audiencia Provincial *«revisa la valoración de la prueba pericial practicada, que considera determinante (en cuanto el perito afirmó que los métodos aplicados no se correspondían con los propios de obras de reforma), cuando la Sentencia de instancia se refiere al dictamen que el perito prestó en el juicio oral precisamente para destacar que los daños existentes no eran distintos de los que se produjeron en otras ocasiones en que se ejecutaban reformas en el local».*

4. PRUEBA DOCUMENTAL

No precisa de intermediación, por lo que es susceptible de ser valorada directamente por el órgano judicial de apelación.

En aquellos supuestos en los que el Tribunal de apelación valora prueba personal (sin intermediación y con vulneración del

5

derecho fundamental) y prueba documental u otra que no exija intermediación la conclusión de la Sentencia estimatoria del recurso de amparo es, juntamente con la anulación de la Sentencia recurrida, la retroacción de actuaciones, a fin de que el Órgano de apelación pueda valorar —en términos constitucionalmente adecuados— el alcance de estos medios de prueba para sustentar exclusivamente en ellos el pronunciamiento que proceda, absolutorio o condenatorio. Es el caso, entre otras, de las SSTC 230/2002, de 9 de diciembre; 189/2003, de 27 de octubre; 96/2004, de 24 de mayo, y 203/2005, de 18 de julio.

5. EL JUICIO DE SEGUNDA INSTANCIA: COESTIONES RELATIVAS A LA RE PRODUCCION DE PRUEBA Y A LA GRABACION DE LAS SESIONES DEL JUICIO DE PRIMERA INSTANCIA

Partiendo de la consideración del recurso de apelación como un juicio revisor no solo del Derecho aplicado y aplicable sino también de las cuestiones de hecho sometidas a debate, la doctrina que estamos comentando, iniciada con la STC 167/2002, aboca a una de estas posibles soluciones: 1.º la reproducción de la prueba en la segunda instancia, es decir, la nueva práctica en apelación de pruebas personales ya efectuadas en la instancia; 2.º la inadmisión de tal reproducción y la admisión, en cambio, de la grabación de las sesiones del juicio oral de instancia, a fin de que el Órgano judicial *ad quem*, mediante el examen de dicha grabación en la vista de apelación, pueda controlar la valoración de la prueba realizada por el Órgano *a quo* y, en su caso, realizar al mismo una nueva valoración; y 3.º la inadmisión de las dos soluciones anteriores, con la consiguiente imposibilidad de que el Órgano *ad quem* pueda hacer una valoración propia de las pruebas personales practicadas en la instancia.

- A) En primer lugar pasare al examen de la última de las soluciones apuntadas; es decir, la que rechaza para la segunda instancia tanto la reproducción de prueba como la valoración de las pruebas personales de instancia mediante el examen de su grabación. Supone, al mismo tiempo, la inatacabilidad de la valoración del juzgador de instancia respecto de las pruebas personales (salvo casos de patente error o arbitrariedad en el discurso valorativo). Conforme a tal solución no cabría revocar las sentencias absolutorias dictadas en la instancia, si las pruebas practicadas en juicio son solamente aquellas que exigen intermediación con contradicción.

Ahora bien, las previsiones de la legislación vigente (que admite la revisión de la valoración de la prueba sin matizaciones, art. 790.2 LECrim) se atemperan perfectamente a un sistema de doble instancia adecuado a la doctrina jurisprudencial anterior a la STC 167/2002, a la que se aludió sucintamente en el apartado III.2. Pero no sucede lo mismo con la nueva doctrina jurisprudencial. Y ello porque el órgano judicial de apelación (ateniéndonos a la solución que ahora contemplamos) habrá de resolver el debate sin valorar todas las pruebas (las personales practicadas en la instancia), y, desde luego, sin poder hacer una valoración conjunta y unitaria de todo lo actuado: así sucederá cuando junto a las pruebas personales de la instancia haya pruebas no personales valorables en ambas instancias o pruebas personales a practicar en la segunda instancia (art. 790.3 LECrim). El problema se agudiza si se advierte que puede suceder que el resultado de algunas pruebas (p. ej., las practicadas en apelación) puede condicionar (o, mejor, podría haber condicionado) la valoración de otras (p. ej., las practicadas en la instancia).

Se trata, en definitiva, del problema inherente al hecho de que en un mismo proceso se haya de proceder a la práctica y valoración de pruebas en dos instancias diferentes, sin que el órgano decisor último (el órgano judicial *ad quem*) pueda acceder al conocimiento, examen y valoración de todas ellas,

Sentadas así las cosas, no parece aceptable una solución que impide que el Tribunal que haya de dictar la sentencia de apelación pueda atender a todo lo actuado: no podrá apreciar la culpabilidad o inocencia del acusado sobre la base de una total, conjunta y motivada apreciación de todas las pruebas practicadas.

- B) En segundo lugar procederé al examen de la solución que prima la reproducción de prueba. La repetición en segunda instancia de las pruebas personales practicadas en la primera garantiza sin duda la intermediación, la contradicción y la publicidad de la prueba en el trámite de apelación. Ciertamente la segunda instancia, así entendida, constituiría en realidad un *novum iudicium*.

Ahora bien, tal reproducción de prueba no está prevista expresamente en la legislación vigente, cuyo art. 790 LECrim (antes, art. 795) sólo admite a su práctica las pruebas que no pudieron proponerse en la instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas (siempre que se hubiera formulado en su momento la oportuna protesta), y las admitidas que no pudieron practicarse por cause no imputable a la parte. En este sentido se podría, en principio, entender

que tal reproducción de prueba constituiría un acto procesal *contra legem*.

Es cierto que no hay una previsión expresa de la reproducción de la prueba, pero seguramente cabe una interpretación de la ley que la hace posible. Me refiero a una interpretación del art. 791.1, *in fine*, en relación con lo que dispone el art. 729.2º, ambos de la LECrim. Según el primero de los mencionados preceptos, la vista de apelación podrá celebrarse «cuando de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada. Y a tenor del art. 729.2º (referido al juicio oral de primera instancia) podrán practicarse a las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación». Pues Bien, el cambio en la doctrina jurisprudencial sobre las pruebas personales, la exigencia de que el proceso lo sea con todas las garantías en todas las instancias, y la necesidad (más que simple conveniencia) de que el Órgano judicial de apelación —en el *novum iudicium* que este pasa a ser— pueda resolver conociendo conjuntamente de todo lo actuado justifican que el contenido de la vista de segunda instancia (la cual podrá acordarse «de oficio», art. 791.1, *in fine*) se extienda, no solo a los informes forenses y a las pruebas solicitadas y admitidas conforme a los arts. 790.3 y 5, y 791.1, sino también a las pruebas personales practicadas en la instancia, «por ser necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos» objeto de debate. Cabe afirmar que la *ratio* que fundamenta la atribución al Juez de instancia de las facultades conferidas por el art. 729.2º fundamenta ahora también la atribución de tales facultades al Juez de apelación, pues el proceso con garantías se extiende, como es claro, a todos los grados jurisdiccionales.

En todo caso no pueden desconocerse los defectos inherentes a este sistema probatorio: conduce a que se minusvalore o se subestime el primer juicio, el de instancia; se practica cuando ya se conocen los efectos (condena o absolución) del primer juicio, con la consiguiente posibilidad de adecuar la segunda declaración (la prueba personal que se reitera) al fin procesal pretendido; hay una mayor lejanía en el tiempo respecto de la comisión de los hechos, lo que puede dificultar su memoria; se produce una mayor dilación en la tramitación del procedimiento.

De todos modos tales defectos no son superiores, a mi entender, a los defectos ya advertidos respecto de la solución examinada en el anterior apartado A). Por ello entiendo preferible la reproducción de la prueba de instancia en apelación antes que aceptar la solución expuesta en dicho apartado A).

- C) La solución que resta por examinar es la de la grabación de las sesiones del juicio oral, mediante soporte audio y video gráfico, bajo la fe del Secretario judicial, para su visión y examen en la vista de apelación, con la consecuente posibilidad de que, de este modo, el órgano judicial ad quem pueda controlar la valoración de la prueba hecha por el Juez de instancia y, en su caso, proceder a hacer una propia valoración. Ello supondría trasladar al proceso penal lo que ya se viene haciendo en el proceso civil, y que además viene admitido por el art. 788.6 LECrim.

Ya queda indicado que el examen de las actuaciones grabadas permite un control de la prueba de instancia, aunque, ciertamente, la intermediación obtenida a través de estos medios técnicos no es igual a la obtenida mediante la presencia personal en la prueba, pues, como se afirma en el ATS de 16 de febrero de 2004, se trata de «*imágenes de/pasado*» sin presencia coetánea respecto de «*las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas*». Ahora bien, en todo caso hay un conocimiento directo y una observación también directa de la prueba y de quien la efectúa o protagoniza, que creo suficiente a los fines de la intermediación y del proceso con garantías.

Es cierto también que no hay contradicción en la segunda instancia respecto de la prueba grabada (como la hay, en cambio, con la reproducción de prueba); pero no hay duda de que el Tribunal *ad quem* puede apreciar la contradicción habida en la primera instancia, que considero es lo relevante a los fines del proceso.

En este sentido, y admitida esta solución, la segunda instancia se constituiría propiamente como una *revisto prioris instantiae*, más que como un *novum iudicium*.

En definitiva, teniendo en cuenta que se respeta la intermediación y la contradicción de forma suficiente, en los términos expuestos, entiendo que esta solución —sistema de grabación— es mejor y más adecuada a los fines del proceso que las demás examinadas.

6. IMPUGNACION DEL CONDENADO EN LA INSTANCIA

La doctrina de la STC 167/2002 se construye en relación con la situación de quien (recurrente en amparo) fue condenado en apelación tras haber sido absuelto en la instancia. El recurso de apelación se había formulado, por lo tanto, por las partes acusadoras, lo que constituye una situación diferente de la que plantea el art. 14.5 PIDCP. A tal particular se refiere explícitamente dicha STC, según queda indicado en el apartado IV.3.C) del presente estudio.

Entiendo que el contenido de dicha doctrina es aplicable también, en todos sus términos, al supuesto ahora considerado, de impugnación del condenado. No podría en absoluto justificarse un diferente criterio para la valoración de las pruebas personales, y consiguiente exigencia o no de intermediación, atendiendo para ello a quien fuera la parte apelante. Y entiendo también que son aplicables al presente supuesto las consideraciones hechas en el apartado V.5 sobre el juicio de segunda instancia.

7. CASOS DE EXCEPCIÓN: INEXISTENCIA DE RECURSO A FAVOR DEL CONDENADO POR SENTENCIA PENAL

Es este un supuesto que se da con independencia de que se aplique o no la doctrina de la STC 167/2002. En todo caso entiendo que son de interés unas consideraciones sobre el particular.

Es el caso de los condenados en apelación tras haber sido absueltos en la primera instancia, de los aforados ante el Tribunal Supremo y de aquellos que son juzgados por delitos conexos con tales aforados. Las previsiones del art. 14.5 PIDCP no se cumplen respecto de todos ellos. A esta cuestión se refieren, entre otras, las SSTC 22/1997, de 11 de febrero; 136/1999, de 20 de julio, y 64/2001, de 17 de marzo.

La última de dichas Sentencias señala que «en el caso de aquellos Estados que formularon reservas a la aplicación de dicho art. 14.5, las mismas no fueron objetadas por otros Estados contratantes del Pacto internacional ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU» y que el art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH permite que los Estados contratantes puedan establecer determinadas excepciones —ya anteriormente indicadas [apartado 1)]—al derecho del condenado a una revisión de la condena. Y afirma a continuación que ambos extremos «son relevantes a los fines del art. 10.2 CE en lo que respecta al alcance de esta exigencia en los sistemas de protección de los derechos fundamentales establecidos tanto por el Pacto internacional de 1966 como por el Convenio europeo de 1950, aunque España aún no haya ratificado el Protocolo núm. 7».

El legislador no prevé lo que podría llamarse un tercer juicio tras la condena en apelación de quien había sido absuelto en la instancia. Este supuesto se halla entre los que, como excepción al derecho al recurso, se contemplan en el art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH.

Respecto de los aforados ya en su momento había dicho la STC 51/1985, de 10 de abril, refiriéndose al supuesto previsto en el art. 71.3 CE, que «determinadas personas gozan, ex Constitucione, en atención a su cargo de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria». Por su parte la STC 64/2001 indica que si bien dicho precepto constitucional no impone la única instancia, «sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial», de modo que tal ponderación «convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporcionalidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo (...1R).

En relación con quienes, no siendo aforados, son juzgados por delitos conexos con aforados, dice la precitada STC 64/2001 que el Tribunal Supremo, al aplicar la conexidad, tuvo en cuenta las normas de la LECrim «y ha utilizado un criterio de ponderación que, de un lado, es riguroso en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro atiende a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso».

En todo caso debe ser recordado que el art. 10.2 CE elude a los tratados y acuerdos internacionales «ratificados por España», circunstancia que no concurre respecto del Protocolo 7 CEDH, que es precisamente el que con-temple los aludidos casos de excepción. Por ello entiendo que la situación normativa actual sobre la materia no cumple las exigencias de los Tratados

internacionales, por más que puedan estimarse fundadas las razones dadas respecto de los aforados y de los acusados por delitos conexos. En relación con esta cuestión se formuló un voto particular discrepante a la STC 64/2001.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACION

I. INDICACIONES PREVIAS

Ya se ha indicado (apartado II) que la legislación prevé una segunda instancia penal (recurso de apelación) para las faltas y delitos de menor gravedad, en tanto que para los delitos de mayor gravedad prevé un segundo grado jurisdiccional constituido por el recurso extraordinario de casación.

Debe resaltarse además el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre la casación, en parte motivada por la necesaria adecuación del sistema de recursos a la normativa de los Tratados internacionales, sin perjuicio de la limitación derivada, entre otros extremos, del «*respeto al principio de inmediación*», como señala la ya citada STS de 23 de marzo de 1999. Esta cuestión aludida en el apartado 111.3— será tratada a continuación.

2. LOS DICTAMENES DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONO

A) Varios dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU declararon que el sistema español de casación vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concretamente su art. 14.5. El primero es de 20 de julio de 2000 (caso *Gómez Vázquez*; *Comunicación núm. 701/1996*), y ha sido seguido en igual sentido por otros, de fechas 7 de agosto de 2003 (caso *Sineiro Fernández*; *Comunicación núm. 1007/2001*) y 1 de noviembre de 2004 (caso *Cabriada Alba*, *Comunicación núm. 1101/2002*).

En el primero de los casos citados el interesado había sido condenado como autor de un delito de asesinato en grado de frustración por Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, siendo rechazado el recurso de casación de aquél por STS de 9 de noviembre de 1993. La reclamación formulada ante el Comité se refería fundamentalmente al derecho a recurrir de manera efectiva contra el fallo condenatorio y la pena: se alegaba al efecto que el recurso de casación —único posible contra la sentencia de la Audiencia— sólo cabe por razones jurídicas muy limitadas, sin posibilidad de nueva evaluación de pruebas, al tener carácter definitivo toda decisión del Tribunal inferior sobre los hechos. Constan asimismo (apdo. 3.2 del Dictamen) determinados extremos de la Sentencia de casación, tanto del fundamento jurídico primero (al afirmar que las pruebas son «*valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*») como del fundamento jurídico segundo en el que, con relación al principio *in dubio pro reo*, se dice que «*olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que, como hemos dicho y repetido nos es impermissible*».

El Dictamen entiende que no hubo una revisión íntegra del fallo y que por ello se ha producido la vulneración del art. 14.5 PIDCP. El razonamiento es el siguiente: «*De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2. Limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto*»⁶.

B) Sin embargo el Comité, con posterioridad a los dictámenes mencionados, ha decidido la inadmisión de determinadas comunicaciones, fundamentándose para ello en la estimación de que la revisión efectuada por el Tribunal Supremo en los correspondientes recursos de casación a que tales comunicaciones se referían había sido suficiente a los fines del mencionado art. 14.5 PIDCP, según se pone de manifiesto a continuación.

La Decisión de 29 de marzo de 2005 (caso *Parra Corral*; *Comunicación núm. 1356/2005*) dice en el apartado 4.3 que la alegación relativa al art. 14.5, «*esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas, no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y del Tribunal*

⁶ Como dice María Pía CALDERÓN CUADRADO (*La segunda instancia Penal*, Thomson-Aranzadi, 2005), comentando los referidos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU de su contenido resulta que

Constitucional en el caso del autor». Y señala a continuación que «después de que estos dos Tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron en todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios bastaban para justificar su condena».

La Decisión de 25 de julio de 2005 (caso Cuartero Casado; Comunicación núm. 1399/2005) dice lo siguiente (apdo. 4.4): «Con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que Este examine con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual».

La Decisión de 28 de octubre de 2005 (caso Carvallo Villar; Comunicación núm. 1059/2002) afirma lo siguiente (apdo. 9.5): «Con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquel».

En todos estos casos el Comité concluyó, partiendo de las consideraciones transcritas, que la queja relativa a la alegada vulneración del art. 14.5 de Pacto no se había fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad de la correspondiente Comunicación.

3. DOCTRINA DEL TC SOBRE EL RECURSO DE CASACION EN RELACION CON LOS DICTAMENES DEL COMITE

El Tribunal Constitucional entiende que la casación penal cumple las exigencias de los tratados internacionales sobre el derecho del penado a la revisión de la condena, según queda ya indicado. Así lo expone claramente la STC 105/2003, de 2 de junio: «La cuestión suscitada sobre si tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 (comunicación núm. 701-1996 puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP respecto del derecho a la revisión íntegra de la declaración de culpabilidad y la pena por un Tribunal superior, y, por tanto, de la garantía constitucional a un doble grado de jurisdicción en materia penal implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya ha sido resuelta afirmativamente por este Tribunal en las SSTC 70/2002: de 3 de abril, FJ 7. y 80/2003, de 28 de abril, FJ 2. En ambas resoluciones se reitera que "existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art.14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra de juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo con todas las garantías; las que inspiren el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia), que declare conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revise solo la aplicación del Derecho».

En el mismo sentido la STC 116/2006, de 24 de abril, señala, con cita de la STC 70/2002, que, «a través de la invocación del art. 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como fundamentalmente, de la presunción de inocencia). es posible que el Tribunal Supremo controle lento la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas», de modo que está abierta una vía «que permite al Tribunal Supremo la "revisión íntegra", entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba». Asimismo la precitada STC 116/2006 recuerda que «el Comité (de Derechos Humanos de la ONU) ha precisado [...] que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que este se desarrolle (Decisión de 28 de marzo de 1995, Comunicación núm. 536-1993. Perera c.

Australia, pgr. 6.4)».

4. DOCTRINA DEL TS SOBRE EL RECURSO DE CASACION EN RELACION CON LOS DICTAMENES DEL COMITE

En el mismo sentido que el Tribunal Constitucional se pronuncia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así lo hace en su Sentencia 1487/2004, de 13 de diciembre, en la que recoge la doctrina de las SSTC 7012002, 80/2003 y 105/2003. Dicha STS dice lo siguiente: «Aun cuando esta conclusión general sea susceptible de matizaciones en el caso de que lo que se plantee sea la posibilidad de examinar los hechos probados, ello no es óbice para subrayar que mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero), lo cual permitirá entender satisfecha la garantía revisora proclamada en los preceptos internacionales invocados por el recurrente. Por su parte, esta Sala consideró la cuestión en el Pleno no jurisdiccional de 13-9-00 en el que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos si bien se añade que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Y, tras el Pleno de 28-9-01, en ATS de 14-12-01, la Sala precisó que 'los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional), han sido superados. Las reglas del criterio racional constituyen el núcleo sobre el que se articula la valoración de la prueba. La vía de la presunción de inocencia, ha supuesto un importante impulso a la posibilidad de entrar, por el cauce de la casación, en el análisis y ponderación de la actividad probatoria. Por otro lado, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y el rechazo constitucional a cualquier vestigio de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, obliga a razonar suficientemente el proceso seguido para la valoración de la prueba. El análisis racional de la prueba es una exigencia del propio valor de la justicia; la irracionalidad y el abandono de la lógica vulneran el derecho a un juicio justo, que constituye el paradigma de un modelo de proceso penal en una sociedad democrática'. El atento examen de la realidad revela que en la práctica judicial los Tribunales de Apelación siguen técnicas de análisis de las sentencias sometidas a su consideración, cada vez más semejantes a las utilizadas por el Tribunal a cuyo cargo está la Casación, y, a la vez, que la revisión que éste realiza se aproxima progresivamente a la de aquéllos, a través no sólo de la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba, sino del contenido de la misma y verificación de si puede ser considerada incriminatoria o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia».

5. LA PRETENSION DE REPARACION DE CONDENAS PENALES

Se trata de establecer si cabe la reparación de las condenas penales afectadas por dictámenes del mencionado Comité de Derechos Humanos, declaratorios de que aquellas vulneraban alguno o algunos de estos derechos.

A) Tal pretensión fue la ejercitada el 20 de agosto de 2000 por la representación procesal del Sr. Gómez Vázquez (titular de la Comunicación correspondiente al Dictamen de 20 de julio de 2000, antes comentado), estimarse legitimado para promover el recurso previsto en el art. 2.3.a) PDC P, solicitando al efecto la declaración de nulidad de la condena que en su día le había impuesto la Audiencia Provincial de Toledo, confirmada por el TS. La Sala de lo Penal del TS, mediante Auto de 14 de diciembre de 2001, confirmado en súplica por Auto de 23 de abril de 2002, acordó que no había lugar a declarar la nulidad interesada.

En primer lugar señala el ATS que «el art. 2.3.a) del Pacto no da lugar a un recurso particular que pueda afectar a resoluciones firmes». Y en este sentido afirma que el texto del precepto es claro: «los Estados partes del Pacto deben prever un recurso contra decisiones que puedan vulnerar los derechos reconocidos por of mismo. Pero en modo alguno están obligados a establecer un recurso basado en una decisión del Comité de Derechos Humanos».

En segundo lugar, y en relación con la normativa española, visto que se pide la nulidad de la sentencia condenatoria, dice el Auto del TS que a la modificación de la Sentencia dictada por esta Sala tampoco procede por la vía del art. 238 LORL&Y al efecto indica que es evidente la competencia del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación, que no hubo violencia o intimidación y que no se prescindió de ninguna norma esencial de procedimiento. Indica asimismo el Auto que o tampoco cabría la utilización del recurso de revisión, considerando el dictamen de la Comisión como un "hecho nuevo", en el sentido del art. 954.4º LECrim, pues no se trata —como hemos visto— de un hecho normativo obligante para el Gobierno o los Tribunales del Estado parte».

En tercer lugar afirma el ATS que *«surge de los arts. 41 y 42 del Pacto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales que le permitan otorgar al dictamen el carácter de título ejecutivo que legitime al recurrente para solicitar la revisión de la sentencia firme dictada por esta Sala»*.

En cuarto lugar el Auto efectúa en el fundamento jurídico octavo y último lo que él mismo llama *«revisión complementaria de la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Toledo desde la perspectiva de las alegaciones formuladas por la representación procesal del recurrente ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU [...]»*. A este respecto analiza detenidamente las pruebas que fueron valoradas por la Audiencia para fundamentar la condena, reiterando que no hubo error de dicho Tribunal en la valoración de la prueba, y que tampoco hubo vulneración del principio *in dubio pro reo* —ya rechazado en el recurso de casación— pues la Audiencia *«dejó clara su convicción sobre la autoría y la culpabilidad del acusado respecto de los hechos por los que se le acusaba»*.

Recuerda además el ATS que *«el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 que el recurso de casación cumple con la exigencia del artículo 14.5 del Pacto y desde la STC 42/82 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentran reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88)»*.

- B) Asimismo el TS, mediante Auto de 16 de febrero de 2004, denegó la solicitud formulada en relación con el Dictamen de 7 de agosto de 2003 de dicho Comité, solicitud que, entre otros extremos, comprendía la declaración de nulidad de la sentencia condenatoria dictada en su día por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Este Auto, amén de expresar en lo fundamental la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto (anteriores apartados 3 y 4), refiere —invocando el contenido del Pacto y la unanimidad de la doctrina— la falta de valor jurídico de los dictámenes del Comité, *«salvo el que quiera otorgarle el Estado afectado por la condena»*, y alude asimismo a la publicación de la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal; a tal efecto indica que en su Exposición de Motivos *ase anuncia y proclama la instauración de la segunda instancia, de conformidad con las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y para cumplir con la condena impuesta a España en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de fecha 20 de Julio de 2000»*. Añade que *«el legislador al plasmar este propósito, establece las vías competenciales para generalizar la doble instancia, residenciándola en los tribunales superiores de justicia»*.

- C) El TC se refina en su Auto 260/2000, de 13 de noviembre, a la posible reparación de las condenas penales afectadas por resoluciones del mencionado Comité de Derechos Humanos declaratorias de que aquellas vulneraban alguno o algunos de estos derechos. Se trataba de un caso en el que el Comité había declarado que el Reino de España había vulnerado el derecho a una segunda instancia penal (art. 14.5 PIDCP), amén de otros derechos reconocidos en el Pacto [arts. 9.3, 10 y 14.1.c)]. El Auto inadmitió el recurso de amparo en su día formulado por no haber sido agotada la vía judicial previa (se había acudido por la parte al instituto de la nulidad de actuaciones), ya que entiende que antes de acudir al recurso de amparo podía el recurrente haber promovido la revisión penal, pre-vista en los arts. 954 y ss. LECrim, o haber ejercitado la acción por error judicial, de los arts. 292 y 293 LOPJ.
- D) La STC 116/2006, de 24 de abril, desestimó el recurso de amparo formulado contra los Autos del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001 y 23 de abril de 2002 —ya referidos en la letra A) del presente apartado—, que habían desestimado la petición de nulidad de la sentencia condenatoria del ahora recurrente.

La mencionada STC —que reitera la doctrina sobre la asimilación funcional entre el recurso de casación español y el derecho de revisión que proclama el art. 14.5 PIDCP, según ya se expuso— afirma, de acuerdo con el Tribunal Supremo, que *los dictámenes del Comité no tienen fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales»*. Señala, al efecto, que *«en el Pacto no existe cláusula alguna de la que se derive su ejecutoriedad, ni en el Ordenamiento jurídico español se ha articulado una vía específica que permita a los Jueces la revisión de las sentencias penales firmes como consecuencia de un dictamen del Comité, ni el mandato del art. 14.5 PIDCP es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (entre otras SSTC 42/1982, de 5 de julio. FJ 3. 6 70/2002, de 3 de abril. FJ 7)»*, Y reitera lo ya afirmado por la STC 70/2002, en el sentido de que *irlas “observaciones” que en forma de dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia»*,

Esta Sentencia recuerda asimismo que «la discusión sobre la ejecución interna de las resoluciones de los organismos

internacionales competentes en materia de derechos humanos [...] es una cuestión ajena a la competencia y jurisdicción de este Tribunal», pues lo que a éste le compete examinar es «si las resoluciones judiciales impugnadas han lesionado derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuya tutela en último extremo le corresponde (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 1: ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2)».

Por último afirma esta Sentencia, que, «incluso situándonos en la lógica de la demanda respecto de la necesidad de que, a raíz del Dictamen del Comité, fuera necesario llevar a cabo un reexamen de la condena de la Audiencia Provincial de Toledo para dar satisfacción a las exigencias del derecho al recurso ante un Tribunal superior, integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, habríamos de concluir que el mismo ha sido efectuado por el Tribunal Supremo en el Auto recurrido, con una amplitud que satisface plenamente las exigencias derivadas del derecho fundamental en cuestión». Entiende al efecto dicha Sentencia que «el Tribunal Supremo procedió a una revisión de la sentencia condenatoria en términos constitucionalmente conformes a las exigencias del art. 24.2 CE, interpretado a la luz del art. 14.5 del Pacto [...]».

- E) Ante todo creo oportuno señalar que, tal y como se afirma en las mencionadas resoluciones del TC y del TS, no parece que las Decisiones del Comité puedan fundamentar la impugnación de resoluciones jurisdiccionales ya firmes.

En Todo caso, y con independencia de ello, entiendo que puede afirmarse que el recurso español de casación se adecúa plenamente a las exigen.

Esta generalización se pone de manifiesto en cuanto la segunda instancia o apelación se establece también para los delitos más graves, y no solo para las faltas y delitos de menor gravedad. El art. 846 bis LECrim del Proyecto establece la competencia para conocer de la apelación contra dichos delitos más graves: a) sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales en el ámbito del procedimiento abreviado y en el del procedimiento ordinario; la competencia se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (de acuerdo con el art. 73.3.c) LOPJ modificado por la LO 1912003). b) sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; la competencia viene atribuida a la Sala de Apelación de ese mismo Tribunal (de acuerdo con el art. 64 bis LOPJ modificado por la LO 19/2003); c) sentencias dictadas por la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del TS; la competencia se atribuye a la Sección de apelación de esa misma Sala (de acuerdo con la modificación del art. 57.2 LOPJ que prevé este mismo Proyecto, en el sentido de crear dichas Secciones en la Sala de lo Penal del TS para el enjuiciamiento de los aforados).

A su vez contiene el Proyecto la modificación del art. 77 LOPJ, adicionando un apartado conforme al cual la Sala prevista en dicho precepto (constituida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas), conocer «de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia, en procesos penales, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia».

No altera el Proyecto la competencia para el conocimiento de recursos de apelación que se relaciona en el apartado II del presente estudio.

La exigencia del art. 14.5 PIDCP (y en el mismo sentido el art. 2.1 del Protocolo 7 CEDH) de que la revisión sea efectuada por un órgano judicial «superior» no se cumpliría en todos los casos si el carácter de «Órgano superior» se entiende desde el punto de vista jerárquico. Sin embargo habría de estimarse cumplida si se entiende —como creo que debe ser— que basta la superioridad «funcional», reconocida o establecida por la Ley.

Es de interés resaltar que, conforme a este Proyecto, se prevé también recurso de apelación para las causas de aforados. En realidad, no todos: no hay tal previsión respecto de las sentencias dictadas por la Sala especial del art. 61 LOPJ, en «las causas contra las Presidentes de Sala o contra Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen, (art. 61.1.4° LOPJ).

Contra las sentencias dictadas en apelación cabe el recurso de casación, según se verá posteriormente.

1.2. Los motivos de impugnación

- A) El art. 790.2 LECrim del Proyecto —relativo al procedimiento abreviado., pero aplicable en los demás recursos de apelación, dada la remisión que efectúan los arts. 803, 846 bis (adicionado por el Proyecto) y 976 LECrim— prescribe que

las alegaciones que se hagan en el escrito de formalización del recurso versarán sobre *«la infracción de la presunción de inocencia, de las garantías procesales o la infracción de normas constitucionales o legales en las que se base la impugnación»*, y añade que *«además, el recurso podrá fundarse en la aparición de hechos nuevos»*. No se prevé, pues, el *«error en la apreciación de las pruebas»* que recoge la legislación vigente, y que también recogía el anteproyecto de ley.

Tal regulación del recurso de apelación comporta un cambio en la concepción de éste, que pasa a tener una naturaleza compleja. Ello es así porque se constituye, respecto de lo actuado en la primera instancia, como una segunda instancia revisora del Derecho aplicado y con posibilidades de revisión de hechos sólo en lo relativo a la presunción de inocencia, pero que, al mismo tiempo, puede conocer de cuestiones tácticas no conocidas en la anterior instancia: las referidas a la aparición de hechos nuevos y a determinadas pruebas que no se pudieron practicar antes (art. 790.3).

Ya en la Exposición de Motivos se indica que sin duda se puede revisar en apelación *«la aplicación del derecho realizada por el órgano a quo»*, pero que el control de los hechos sólo cabe en relación con la supuesta infracción de la presunción de inocencia, es decir, *«cuando se trata de verificar que la condena se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable»*.

Así pues hay una notable restricción, respecto del sistema actual, en lo que se refiere a la revisión de los hechos declarados probados en la instancia. Es irrelevante a tal fin el hecho de que, conforme dispone el art.790.3 *in fine* (según la redacción del Proyecto), *«el recurrente podrá solicitar la reproducción, ante el Tribunal competente para conocer del recurso, de los fragmentos de grabación relativos a la prueba practicada en primera instancia»*. Tal precepto ha de entenderse exclusivamente referido a la constatación de la existencia o no de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Esta orientación del Proyecto no es conforme con los primeros dictámenes del Comité de Derechos Humanos que, a partir del de 20 de julio de 2000, hemos mencionado. Es conforme, en cambio, con las posteriores decisiones de inadmisión que hemos referido (a partir de la de 29 de marzo de 2005), en la medida en que posibilita no solo la revisión del Derecho, sino también, mediante la invocación de la presunción de inocencia, la revisión fáctica de la sentencia condenatoria a través del control de la licitud de la prueba que fundamenta el fallo, de su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y de la razonabilidad de las inferencias realizadas.

- B) El texto del Proyecto, se refiere como motivo de impugnación a *«la infracción de las garantías procesales»*, sin aludir a que hubiera causado indefensión. El texto del actual art. 790.2 LECrim alude a la infracción *«de normas o garantías procesales que causaren la indefinición del recurrente»*. Entiendo que el texto del Proyecto, al limitarse a la infracción de las *«garantías procesales»*, se está refiriendo en realidad —dados los términos utilizados— a toda infracción procesal causante de indefensión o que, en todo caso, haya sido relevante por haber podido condicionar el sentido del fallo. Ello justifica la norma del art. 792.2 LECrim del Proyecto, al establecer que si se aprecia la infracción de garantías procesales se ordenar la reposición del procedimiento al estado en que se encontraba al cometerse la falta.
- C) El texto del Proyecto establece también, como queda indicado, que *«el recurso podrá fundarse en la aparición de hechos nuevos»*. Entiendo que se refiere a hechos conocidos con posterioridad a la sentencia de instancia, relacionados con los hechos enjuiciados, bien sean coetáneos a estos, bien sean posteriores.

1.3. La prueba en la segunda instancia

Según el art. 790.3 LECrim del Proyecto podrá pedirse la práctica de las pruebas a que se refiere el texto actual: las que no se pudieron proponer en primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que se hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y las admitidas que no se practicaron por causa no imputable al solicitante. Además dicho art. prevé que podrá solicitarse también *irla práctica de diligencias de prueba sobre hechos nuevos*)).

Subsiste con este texto el problema al que se hizo referencia en el apartado V.S.A), en relación con la posibilidad de pruebas practicadas en diferentes instancias y valoradas por diferentes órganos judiciales. El órgano judicial ad quem pasará a aplicar el Derecho respecto de hechos cuya prueba habrá valorado exclusivamente otro órgano judicial, valoración hecha, a su vez, antes de las pruebas que, en su caso, se practiquen en la segunda instancia. Me remito por ello a lo ya expresado en dicho apartado.

1.4. La adhesión a la apelación

Hay una previsión específica de este instituto en el art. 790.1, párrafos segundo y tercero, según la redacción del Proyecto. *«La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo. Las demás partes podrán impugnar la adhesión, en el plazo de dos días, una vez conferido el traslado previsto en el apartado 6».*

Sólo interesa resaltar que la adhesión puede contener pretensiones autónomas y que su mantenimiento queda supeditado al del recurso del apelante.

La vigente LECrim no contiene referencia alguna a la adhesión en los preceptos relativos a la apelación de las sentencias (arts. 790 a 793, 803 y 976), tras la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre. Si la contenía en cambio —si bien sólo mencionándola— el art. 795 LECrim anterior a dicha reforma. Vigente este último precepto, la doctrina del Tribunal Constitucional era que se trataba de cuestión atinente a *«la interpretación de normas de legalidad ordinaria»* (STC 56/1999, de 12 de abril), lo que es propio de la Jurisdicción ordinaria, y que, en todo caso, atendida la cuestión desde la perspectiva constitucional, *«este Tribunal no ha rechazado la posibilidad de que en la fase de apelación, y a través de un recurso adhesivo del acusador, el Órgano judicial pueda conocer más allá de la pretensión de quien formula la apelación principal [...]»* (STC 56/1999); si bien en todo caso, como afirma la STC 170/2002, de 30 de septiembre, ha de supeditarse la regularidad de tal situación procesal, desde la perspectiva constitucional, a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, a fin de garantizar las posibilidades de defensa (en el mismo sentido las SSTC 162/1997, de 3 de octubre; 56/1999, de 12 de abril; 16/2000, de 16 de enero; 93/2000, de 10 de abril).

1.5. La sentencia de apelación

El art. 792.2 del Proyecto dice lo siguiente: *«Cuando la sentencia apelada sea anulada por infracción de las garantías procesales, el Tribunal, sin entrar en el tondo del fallo, ordenara que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida».* Me remito a lo expresado en el apartado VIII.1.2.B).

La conservación de la validez de los actos *«cuyo contenido sería idéntico no obstante falta cometida»* esta ya prevista en el texto actual.

Se mantiene la prescripción de que la sentencia habrá de notificarse *«a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la cause»* (art. 792.4), con la única modificación de la constancia expresa de que la notificación será a cargo del Secretario judicial.

2. EL RECURSO DE CASACION PENAL SEGUN EL PROYECTO

2.1. La función unificadora del Tribunal Supremo

Se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto, con carácter general, que con la reforma del sistema de recursos *«se pretende que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los Órdenes, sea el garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, cumpliendo su función unificadora»*, y que, por su parte, *«los Tribunales Superiores de Justicia sean efectivamente la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma».* Esta configuración de la casación como recurso para la unificación de doctrina impone una mayor vinculación de todos los órganos judiciales a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, lo que explica la adición al art. 5.1 LOPJ de un párrafo en el que se establece que *«los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo»*⁷.

⁷ Como dice el informe del Consejo General del Poder Judicial emitido respecto del Anteproyecto que —en las materias relativas al recurso de casación y a la doble instancia penal— precedió al actual Proyecto, partiendo de la diferenciación entre «vinculación», y «creación de normas jurídicas», *«no parece, en cualquier caso, que la nueva redacción del artículo 5.1 implique la voluntad del legislador de otorgar a la jurisprudencia el carácter de fuente del Ordenamiento Jurídico —en el sentido de creadora de normas— sino que la norma hace referencia al aspecto de su valor vinculante»* expresando con ello *«el deber de los órganos inferiores de no separarse de forma li, injustificada o arbitraria de la Jurisprudencia, pero sin desconocer la posibilidad de que se razone y motive la existencia de circunstancias relevante»* que hagan necesario separarse de la doctrina jurisprudencial».

En el orden penal también se da esta función *Arde carácter nomofiláctico y de unificación en la interpretación de la Ley*», visto que se produce la generalización de la segunda instancia en todos los procesos penales.

A continuación me refiero a los extremos que son de más interés a los fines de este estudio, y que resultarían afectados por la Reforma prevista en el Proyecto.

2.2. Las sentencias recurribles en casación

Las enumera el nuevo art. 847 LECrim del Proyecto:

- a) Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en causas seguidas por delito, en que se hubiere impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente, superen los tres años.
- b) Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Penal o por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.
- c) Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.
- d) Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala del Tribunal Superior de Justicia prevista en el art. 77 LOPJ.

Dice asimismo el mencionado art. 847, en su apartado segundo, que precede también el recurso de casación en los supuestos y términos establecidos en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los Menores y en la disposición adicional 5ª, LOPJ (referida a determinadas resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria).

2.3. Los motivos de impugnación

- A) Los enumera el nuevo art. 848 del Proyecto, quedando sin contenido los actuales arts. 849 a 852 LECrim:
- a) Contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrine del Tribunal Constitucional.
 - b) Contradicción de la sentencia impugnada con otra sentencia dictada en segunda instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales o Audiencia Nacional, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelva la alegada contradicción.

Se dice asimismo que *«la contradicción alegada deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida»*, y que *«la contradicción solo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales»*.

El acceso a la casación en los supuestos de contradicción del apartado b) queda condicionado a que *«no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelva la alegada contradicción»*. Se justifica este condicionamiento porque de existir tal jurisprudencia el recurso tendría su fundamento en el anterior apartado a).

- B) No consta en el Proyecto el supuesto contemplado en el art. 848.1.c) que preveía el Anteproyecto: recurso de casación contra *«resolución de una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo»*. En principio, y atendiendo a criterios puramente doctrinales, parece justificado el acceso a la casación del supuesto de una Sentencia que decida sobre cuestiones no resueltas por dicho Alto Tribunal. En la Exposición de Motivos se dice que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo *«fijará la jurisprudencia sobre normas nuevas»*; pues bien, uno de los supuestos es el que acaba de mencionarse. Puede ser, sin embargo, que la inclusión de este motivo, sin exigencia de contradicción, suponga una sobrecarga excesiva en el número de recursos⁸.

⁸ La no inclusión de este motivo en el Proyecto se debe, quizás, al criterio manifestado en el mencionado informe del Consejo General del Poder Judicial, contrario a tal inclusión por la razón —ciertamente atendible— de que puede comportar una sobrecarga excesiva en el número de asuntos a atender por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: *«baste para advertido [dice dicho informe] que al amparo del nuevo motivo c) del art. 848 1, simplemente porque se trate de la resolución de una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo- podrán acceder al Tribunal Supremo la mayor parte de los asuntos que al día de hoy son resueltos en última instancia por las Audiencias Provinciales (19892 sentencias de apelación en Procedimiento abreviado en el año 2003 y 19490 en el año 2004), ya que por tal razón no exista Jurisprudencia del*

2.4. La adhesión al recurso de casación

- A) Con el Proyecto se regula la adhesión al recurso de casación en la forma que se explica a continuación. Dice así el párrafo tercero del art. 859 LECrim del Proyecto: *«La parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él. en el término del emplazamiento o al instruirse del formulado por la otra. alegando los razonamientos que le convengan»*. En el mismo sentido el art. 873 LECrim del Proyecto, tras señalar que el recurso de casación se interpondrá *«dentro de los términos señalados en el art. 859»* (relativos al emplazamiento), dice que *«en los mismos términos podrán adherirse al recurso las demás partes, conforme a lo dispuesto en el art. 859.1»*.

Según el art. 874 LECrim del Proyecto, último párrafo, el escrito de adhesión se formulará en la forma expresada para el de interposición del recurso.

El art. 882 LECrim (no modificado) se refiere a la impugnación de la admisión del recurso o de la adhesión a él, a lo que habrá lugar dentro del plazo de instrucción del recurso. No hay una previsión específica del trámite para el caso de que la adhesión se formalice precisamente al proceder a la instrucción del recurso; es claro que habrá de suplirse esta omisión, abriendo un período para la instrucción y, en su caso, impugnación de la adhesión.

Tampoco hay una previsión específica acerca de si el desistimiento del recurrente o la inadmisión del recurso comportaran, a su vez, la desaparición de la adhesión, con el consiguiente cese de sus efectos procesales.

- B) Los términos del art. 859 LECrim del Proyecto, en el sentido de que el adherente podrá alegar *«los razonamientos que le convengan»* —sin referirse a la formulación de pretensiones propias, como en cambio hace el art. 790 LECrim del Proyecto para la adhesión a la apelación—, permite sentar la conclusión de que la adhesión al recurso de casación solo puede entenderse como apoyo a las pretensiones impugnatorias del recurso —reforzando la argumentación que lo fundamenta—, pero sin poder sustentar pretensiones diferentes. Ello explica la omisión de una norma similar a la contenida en el párrafo segundo in fine del art. 790.1 LECrim del Proyecto, relativo a que el mantenimiento de la adhesión se supedita a que se mantenga el recurso del apelante: tal norma es innecesaria si, como se ha dicho, la adhesión ha de remitirse a las pretensiones del recurso principal, pues desaparecido este ya no tiene la adhesión razón de ser.

Por otra parte la regulación —así entendida— de la adhesión al recurso de casación es coherente con los criterios mantenidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs 393/2000, de 10 de marzo, y 383/2002, de 6 de marzo). En este sentido dice la primera de dichas sentencias: *«Es doctrina de esta Sala, de la que es exponente la S. de 23 de junio de 1999, que la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a este, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse o unirse en el recurso complementando los esfuerzos en pos de un mismo objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo habría caducado»*.

2.5. La sentencia de casación

- A) El art. 901 LECrim del Proyecto dice así: *«1. Si la Sala considerara fundado el recurso dictará sentencia en la que casará la resolución impugnada y resolverá sobre el asunto, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial. En el supuesto de que el recurso de casación se hubiere fundamentado en el motivo b) del artículo 848 deberá efectuarse en la sentencia el pronunciamiento sobre la contradicción alegada. En todo caso, declarará de oficio las costas. 2. Si la Sala desestimara el recurso dictará sentencia declarando no haber lugar al mismo y condenando al recurrente en costas. 3. Cuando la Sala crea indicado propondrá el indulto lo razonara debidamente en sentenciar»*.

Según el apartado 1 de este precepto la Sala, en la misma sentencia de casación, tras casar la impugnada ha de dictar la resolución que corresponda según los términos del debate. Ello supone la supresión de la llamada *«segunda sentencia»*, lo que asimismo resulta del hecho de que, según el Proyecto, el actual art. 902 LECrim quede sin contenido.

- B) Por su parte el art. 903 LECrim del Proyecto establece que *«dos pronunciamientos de la sentencia que se dicte en*

Alto Tribunal respecto a la mayoría del derecho sustantivo que aplican»

casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias distintas de la impugnada». Con ello se hace referencia principalmente a las sentencias invocadas como contradictorias, en el caso de que la sentencia de casación rechazare la interpretación jurídica y, en su caso, el fallo de dichas sentencias de contraste

Con el Proyecto viene a desaparecer el texto del actual art. 903 LECrim: «Cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adversa. Entiendo que esta disposición no debería desaparecer, con el fin de evitar la persistencia de situaciones contradictorias derivadas de un mismo proceso, dada la relevancia de los intereses y valores que se hallan en juego, que afectan en no pocos casos a derechos de carácter fundamental, como la libertad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- 📖 BACIGALUPO ZAPATER, E: «La noción de un proceso penal con todas las garantías», *Derechos Procesales Fundamentales (Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, núm. 22)*, Madrid, 2004.
 - 📖 CALDERON CUADRADO, M.P: *La segunda instancia penal*. Thomson-Aranzadi. 2005.
 - 📖 CONDE-PUMPIDO TOURON, C. «El derecho a la doble instancia penal. Presente y Futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal», *Can-demos de Derecho Judicial*. XV. Madrid, 2003.
 - 📖 CONDE-PUMPIDO TOURON, y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas», Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
 - 📖 GARCIA-CALVO Y MONTIEL, R.: «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediatez. A propósito de la STC 167/2002». *Cuadernos de Derecho Judicial*. XV, Madrid. 2003.
 - 📖 IGARTUA SALAVERRIA, J.: «El nombre de la inmediatez en vano», *La Ley*. núm. 5768. de 25 de abril de 2003.
 - 📖 GOMEZ RECTO, F: «La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o de como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal», *La Ley*, núm. 5871, de 15 de octubre de 2003.
 - 📖 GONZALEZ PASTOR, C.P.: «El juicio de faltas y la aplicación de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional en las sentencias 167 y 170/2002», *La Ley*, núm. 5766, de 23 de abril de 2003.
- «¿Resulta acorde la normativa procesal penal española en materia de recursos con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966?». *La Ley*, núm. 600, de 20 de noviembre de 2003.
- 📖 MAGRO SERVET, V.: «¿pueden las Audiencias Provinciales revocar las sentencias absolutorias de los Juzgados de lo Penal sin oír al acusado? Las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2002 y 170/2002», *La Ley*, núm. 5677. de 16 de septiembre de 2002.
 - 📖 MARTINEZ LAZARO, J.: «El nuevo recurso de apelación penal». *Derecho y Jueces*, año 5, núm. 32, marzo de 2006.
 - 📖 MORENO CATENA, V: «La apelación penal. Un derecho fundamental», *La Ley*, núm. 615, de 11 de marzo de 2004.