

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

El Comité Permanente de la Asociación decidió que se presentase al Congreso del próximo mes de junio un texto en el que se fije nuestra posición en relación con el Proyecto de Ley de Reforma de la de Enjuiciamiento Criminal sobre los recursos de apelación y casación.

El presente borrador, en el que incluyo destacadas las conclusiones de la Comisión de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se publica en nuestra Web, con el ruego de que se envíen sugerencias que haga que la ponencia, por plural, sea más de todos.

## PONENCIA SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA APELACIÓN Y CASACIÓN PENALES

La remisión al Congreso del proyecto de ley, que regula los recursos de apelación y casación en el proceso penal, nos emplazan a una reflexión sobre las garantías del proceso penal involucradas en la propuesta. Y también sobre la eventual afectación de la distribución de poderes prevista en la Constitución.

Estas reflexiones no son, no pueden ser, un completo análisis técnico de los textos prelegislativos. Solamente pretenden considerar cuales son, o, mejor, cuales deberían ser, algunas bases fundamentales en la configuración de esos importantes mecanismos del sistema procesal penal.

La primera de esas bases ha de ser la exigencia de unidad y coherencia del sistema de recursos.

## APELACION

Reiteradamente se ha instado la reforma del recurso de apelación aduciendo la necesidad de la **generalización** de la posibilidad de nuevo examen, en caso de sentencia de **condena**, invocándose su naturaleza de **garantía**, proclamada, además de por el protocolo 7 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, todavía no ratificado por España, por el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966

**Aunque** el TC ya ha tenido ocasión de reivindicar autonomía para la interpretación de ese Pacto negando a los Comités de la ONU la

interpretación auténtica del mismo y afirmando que el recurso de casación en su actual redacción satisface esa exigencia

La esencial discusión versa sobre el **alcance** que debe suponer el nuevo examen. Debe considerarse cual es la fórmula que mejor satisface las **garantías del sometido al proceso y también el *ius puniendi* del Estado y los derechos procesales de las demás partes** (el de tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, fundamentalmente).

Por otra parte, en cuanto a las sentencias **absolutorias**, las consecuencias de la doctrina constitucional, a partir de la conocida sentencia **TC 167/2002**, han suscitado un amplio debate acerca de la necesidad de practicar **prueba** en la apelación para su resolución, incluso más allá del supuesto en que ésta se interpone contra sentencias absolutorias. Siendo debatido incluso si tales sentencias deben admitir o no recurso que permita al revisión de la declaración sobre los hechos.

En todo caso, en la anterior legislatura, ya se insinuó un programa **político** al respecto, que reflejaba el propósito de ampliar el ámbito de la apelación en cuanto al ámbito de la apelación. Así lo evidenciaba la **previsión orgánica**, plasmada en la reforma de la LOPJ de 1985 efectuada por la ley orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, por la que se creaban Salas de Apelación en \*la Audiencia Nacional y en los TSJ de las CCAA aunque en este caso como colaterales eventuales de la Sala de lo Civil y Penal.

El aspecto orgánico y la correlativa atribución de competencia es la premisa de ineludible determinación como una de las exigencias de la unidad y coherencia del modelo.

## **ASPECTOS ORGÁNICOS**

La Comisión de JpD para la reforma de la LECR ha estimado:

La competencia funcional para conocer de la apelación viene condicionada por la determinación previa de la que atribuye el conocimiento en la primera instancia.

Es ahí donde el sistema actual debe ser modificado. La *naturaleza del delito* puede ser uno de los criterios determinantes de la competencia. (Atribución al Jurado). La *gravedad* del delito constituye también, y de manera general, un criterio racional. Así el órgano jurisdiccional correspondiente, puede constituirse unipersonalmente, en los casos de infracciones menos graves (con penas que no superen la de tres años de privación de libertad) o de manera colegiada, si las penas son más graves, revisando la clasificación del CP.

La forma unipersonal o colegiada no implica diversidad de opción que tenga que dar lugar a jerarquía entre los que adopten aquélla o ésta.

La discusión puede centrarse en esta alternativa: a) Atribuir la primera instancia a los actuales Juzgados de lo Penal, que se constituirían

unipersonal o colegiadamente, eliminando la actual competencia de las Audiencias para la primera instancia. B) Eliminación de los actuales Juzgados de lo Penal, residenciando en la Audiencia (conformada unipersonal o colegiadamente) toda competencia de primera instancia, por razón de delito, tal como ya propuso la Comisión de LOPJ de Jueces para la Democracia.

La solución A) podría asimilarse a la adoptada en los demás órdenes jurisdiccionales. La Comisión de Enjuiciamiento Criminal de JD, no excluye esa solución y tampoco la solución B).

La Comisión de la LOPJ de JD optó de manera decidida por la B). Precisamente por ser la que es más funcional para la ulterior atribución al TSJ de las CCAA de la competencia para la segunda instancia, facilitando así la deseable homogeneidad de criterios en el ámbito político de la CA, tal como, cualquiera que sea la literalidad del precepto, postula el art. 152 de la CE.

En lo que existe conformidad es en atribuir al TSJ la competencia para la apelación en todo caso. Por coherencia con la posición general de la asociación en cuanto al papel que ha de asignarse a éstos como órgano en que culminan las instancias judiciales en la comunidad autónoma; no cabe duda de que este papel quedaría disminuido con un modelo en que las instancias fueran

- 1ª Instancia: Juzgado de lo Penal (en formación individual o colectiva)
- Apelación: Audiencia Provincial
- Casación: Tribunal Supremo.

Con este esquema el papel del TSJ en materia penal quedaría tan reducido como lo está hoy: procesos de aforados y apelaciones del Tribunal del Jurado.

En conclusión, si se quiere dar más relevancia al TSJ, el esquema lógico sería:

- Órgano de enjuiciamiento por delito: Audiencia Provincial (en formación ordinaria o como órgano unipersonal), incluyendo en ella el Tribunal del Jurado.
- Órgano de apelación: Sala de lo Penal del TSJ
- Órgano de casación: Tribunal Supremo

Por mi parte considero que este esquema implica una notoria mejora sobre la propuesta del proyecto de ley remitido a las Cortes.

Desde luego es mucho más funcional al objetivo de evitar la multiplicación de criterios heterogéneos en la segunda instancia. Si todos los recursos de apelación en las causas por delito se deciden por los TSJ la diversidad de criterios se reduce ostensiblemente si la mayoría se deciden por todas las secciones de las Audiencias Provinciales.

Por otra parte el sistema del proyecto (conurrencia de TSJ y AAPP para la apelación) dada la identidad de cuestiones que pueden fundar la apelación cualquiera que sea el órgano competente, puede dar lugar a la inaceptable posibilidad de que el TSJ y las AAPP de la misma Comunidad mantengan criterios dispares con igual pretensión de validez.

Además la multiplicad heterogénea de criterios haría ineludible el incremento de recursos ante el TS. En especial si la casación se mantuviera con la configuración que le da el mismo proyecto.

La posibilidad de asumir la Audiencia una adecuada deliberación para la unificación de criterios, cuando decide en primera instancia, podría dar lugar a una notable reducción de los recursos de apelación.

Además, implicaría un notable ahorro de recursos económicos que no corresponde examinar aquí.

Restaría así a la Audiencia, en el ámbito penal, únicamente la segunda instancia para sentencias dictadas en juicio de faltas, y contra las resoluciones interlocutorias del órgano competente en la fase de instrucción.

Finalmente, en todo caso, en este modelo, la Sala de lo Penal del TSJ debería tener una formación diversa de la actual Sala de lo Civil y de lo Penal (no se justifica en ella ni por razones políticas ni por razones técnicas la inclusión del magistrado propuesto por la Asamblea legislativa de la C.A.) y una planta suficiente y de idéntica distribución territorial que las salas de lo contencioso-administrativo y social.

¿Puede entenderse, además, que el órgano que establece criterios con vocación de persuadida homogeneidad en la Comunidad Autónoma en el orden penal no esté formado por especialistas?

## ASPECTOS PROCESALES

### I.- ADMISIBILIDAD DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Desde luego no parece discutible que debe admitirse el recurso contra sentencias absolutorias si se pretende su invalidez. Pero puede discutirse la pertinencia de un debate de segundo grado sobre el mérito de la decisión absolutoria.

Y, como se ha puesto de manifiesto en la Comisión de JpD sobre la LECR. si debe recibir la misma respuesta el ámbito de recurso cuando no afecta a una decisión absolutoria sino a un contenido específico favorable al condenado.

1.- Se ha suscitado la cuestión de si implicaría un inaceptable *bis in idem* la celebración de un **nuevo juicio**, en el caso de estimación de la apelación que declara la nulidad, fundada en la invalidez de la sentencia recurrida.

**Sin embargo**, como advierte el TC, ello no ocurre porque tal reiteración solamente quiebra la proscripción al respecto cuando el nuevo juicio ocurre después de obtener la primera sentencia efecto de cosa juzgada. STC 192/2005 de 18 de julio. Esta sentencia, además, añade que “ el derecho a la tutela judicial efectiva «no consagra un derecho de la parte que ha obtenido una Sentencia favorable en la instancia a que no sea admitido un recurso, cuando ese recurso está legalmente establecido...”

2.- Más problemático es admitir que la sentencia de segunda instancia pueda imponer la **sustitución de la absolución por una condena**, impuesta por el órgano *ad quem*.

La objeción a la admisibilidad de apelación podría provenir, más específicamente, de la **no previsión de un nuevo recurso** que permita revisar esa condena. La cuestión es: ¿exige el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos citado, que se prevea una tercera instancia para revisar esa condena? Nuestro Tribunal Constitucional ha **desvanecido** esas **objeciones**. La sentencia 296/2005 de 21 de noviembre que recuerda la doctrina que ya había establecido en la 51/1985 y también lo dispuesto en el art. 2 del protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales. (de 22 de noviembre de 1984 firmado por España el 19 de marzo de 1985, aún no ratificado)

**La solución adoptada por la LOTJ sigue pareciendo la más coherente** con el sistema de valoración de medios de prueba en el juicio oral penal y el obligado respeto a las consecuencias derivadas de la exigencia de inmediación en aquél. En esta regulación la sentencia absolutoria solamente puede ser recurrida por motivos que no autorizan al órgano *ad quem* a establecer una nueva relación de hechos probados.

La Comisión de JpD para la LECr. entiende que, **no hay obstáculo para la condena por revisión de la aplicación del derecho. Y a este supuesto puede equipararse el de agravación de la condena en la sentencia de segunda instancia**

**Sí lo habría, sin embargo, para la revisión del hecho probado como fundamento de esa condena o agravación.**

**En este caso, si se trata de decidir *globalmente* sobre la culpabilidad o inocencia, la apreciación del órgano de apelación sobre la arbitrariedad o la falta de razonabilidad de la valoración de la prueba llevada a cabo por el órgano de enjuiciamiento ha de conducir a la nulidad, con reenvío para nuevo enjuiciamiento, sin que el órgano de apelación esté habilitado para pronunciar directamente la condena valorando por sí mismo una prueba que no se ha practicado ante él.**

**La solución, sin embargo, puede ser excesiva y desproporcionada respecto de la impugnación *contra reo* de *cualquier pronunciamiento* de hecho. En estos casos, esto es, cuando no esté en juego un juicio global de culpabilidad o inocencia, puede discutirse la admisibilidad de un**

pronunciamiento del órgano de apelación, con repetición de la prueba sobre el punto específico de que se trate.

Parece importante la dificultad para justificar que la revisión de la prueba contra reo tenga diversa medida, según se derive de ella la imposición de una condena o su mera agravación.

## II.- AMBITO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS

Por lo que concierne a las **sentencias condenatorias**, la cuestión que se suscita es la de cuales deben ser los motivos que se pueden alegar para satisfacer las exigencias internacionales asumidas por España al suscribir el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966

### A) La presunción de inocencia

1.- En la apelación nunca debe admitirse que **se sustituya la valoración** de la prueba de la sentencia apelada por otra que se efectúe en la dictada en apelación.

**La presunción de inocencia como fundamento** del recurso no autoriza a sustituir la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. Y, si se excluye el error en la prueba como motivo alegable, las sentencias condenatorias quedan sometidas a una posibilidad de recurso, en cuanto al hecho, muy limitada.

Pero que puede ser **suficientemente** funcional a la garantía de revisión del fallo del condenado si permite cuestionar, en buena medida, el proceso probatorio, aunque rechace la suplantación del *a quo* por el *ad quem* en la valoración.

Es esta una de las modificaciones más sustanciales del proyecto remitido a las Cortes respecto a la regulación de la apelación del procedimiento abreviado.

Se asumen ahora los planteamientos que había instaurado la LOTJ que estableció ese motivo, excluyendo el de error en la valoración de la prueba.

En efecto, **frente a** la amplia motivación del recurso de apelación que permitía discutir **cualquier error en la apreciación** de la prueba en la primera instancia, el nuevo sistema **reduce** la discusión a los casos en que la primera instancia, al fijar los hechos probados, ha conculcado la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

La jurisprudencia del TS ha venido configurando este motivo –cuando examina su ámbito en el recurso de apelación ante el TSJ, dentro del procedimiento del Tribunal del Jurado- como el estudio del **proceso interno del juzgador** por el que forma su convicción a través de lo percibido **incorporando** a esa percepción los criterios de **ciencia**, de **experiencia** y de **lógica** que le llevan a su convicción....

Distingue el TS entre el examen de la *estructura racional* de la sentencia apelada, y la plena revisión de la *valoración de la credibilidad* dada a los diversos medios probatorios, (reales, incriminadores, lícitamente obtenidos y producidos en juicio oral, y, por ello, saldadas ya las cuentas con la exigencia constitucional). Esa frontera es de no fácil delimitación. Como lo acredita el cúmulo de ocasiones en que, cuando la garantía se erige en motivo del recurso de casación, el TS ha caído en una no disimulada invasión de las facultades exclusivas de la instancia.

La **doctrina del TC** sobre el contenido de la garantía de la presunción de inocencia quizás deba llevar a un **ámbito más modesto y restringido de las facultades del órgano ad quem**, que asuma el control de su observancia por el que dictó la resolución recurrida. Como advierte la 300/2005, ese control – cuando se hace en sede constitucional- no tolera que se suplante la función valoradora de la prueba, sino que implica **únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta** siendo en eso en lo que difiere precisamente de la apelación (entendida ésta con el ámbito aún vigente y no motivada por la alegación de la garantía constitucional). El TC diferencia entre “revisar la valoración” y “**supervisar externamente**” la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria con el relato fáctico resultante. El control de la garantía de la presunción de inocencia permite censurar la indebida aplicación o ilógica interpretación de una regla de prueba que culmina en una “**valoración arbitraria**” en la sentencia censurada.

Desde luego que ese sea el canon constitucional de control para determinar la efectividad de la presunción de inocencia, en cuanto exigencia constitucional, no debe llevar a que, en el **ámbito jurisdiccional** del recurso el control bajo la misma alegación no pueda ser configurado por el legislador como **más intenso**.

2.- No cabe revocar la declaración de hechos probados de la sentencia apelada si su motivación al respecto satisface el canon de razonabilidad,

El control de la garantía de presunción de inocencia, si esa motivación supera el canon de razonabilidad en la motivación respecto a la declaración de hechos probados, no se extiende al análisis de su calidad o su oportunidad en relación a otras alternativas que la actividad probatoria realizada podría también justificar, por lo que no debe llevar a “contrastar dicha razonabilidad con la de otras posibles inferencias”.

**La Comisión de LECr de JpD entiende que la impugnación de los hechos declarados probados debe extenderse igualmente a la duda razonable que el órgano de apelación puede sostener**

Si la argumentación que concluye estableciendo como probados los hechos que justifican la condena es razonable –lo que satisface la exigencia de la presunción de inocencia- pero habría sido posible argumentar, con



razonabilidad, la exclusión de aquellos hechos probados, estaremos más en el espacio de la duda a resolver subjetivamente que en el espacio objetivo en el que debe ser controlada la garantía de la presunción de inocencia.

No obstante cabe entender que este motivo puede justificar una revocación de la sentencia de condena en tal hipótesis.

Así se incorpora el canon de la exigencia de prueba “**más allá de toda duda razonable**” (STC 278/2000). Si en la sentencia la condena se sustenta de forma irrazonable o “**excesivamente abierta**”, la presunción de inocencia, como garantía, determina su nulidad.

Así entendido este control debe entenderse que satisface las exigencias de posibilidad de revisión asumida en los textos internacionales.

3.- La discrepancia con la **motivación** debiera considerarse ajena al control de la presunción de inocencia, y solamente puede justificar la anulación por falta de **validez** y no una alternativa decisión de mérito o sobre el fondo.

Podrá decirse que cabe **diferenciar** los supuestos en que el juez agote su valoración en la que hace de la afirmación instrumental (lo que le medio *dice*, antes de ser valorado) reportada por el medio de prueba, (prueba **directa**), de aquellos otros en que la afirmación del juez, (su conclusión) es producto de la reelaboración por éste, acudiendo a inferencias lógicas, científicas, o técnicas, (prueba de **indicios**), que toman la afirmación instrumental como punto de partida.

Aun siendo más intenso en la prueba de indicios, el control no es renunciable en la prueba directa. Lo que ha de valorar el órgano *ad quem* es **si el paso de las afirmaciones instrumentales** (las que efectúa el medio de prueba) **a las afirmaciones del juzgador** (las que, por creídas, éste hace suyas) **carece de toda base razonable**. Admitir como verdadera una afirmación disparatada de un supuesto testigo directo puede ser mucho más irrazonable que una inferencia del juzgador desde la afirmación de un hecho base objetivamente verosímil

Es inadmisibles decir que la valoración de la prueba, esto es, si el testigo debe ser o no creído, no puede controlarse en la apelación, de suerte que, “estimado que existió actividad probatoria legal y de cargo en el juicio oral, no podrá concurrir el motivo de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia”. Si el testigo dice algo que la ciencia o simplemente la experiencia, por no decir el sentido común, permite afirmar que es imposible que haya ocurrido, esa afirmación puede ser calificada de falsa por el órgano *ad quem* aunque el *a quo* lo haya creído y aunque, cabe añadir, exponga una intensa motivación al respecto.



Se ha cuestionado la implicación de la **motivación** en la garantía de presunción de inocencia, recordando que “para rechazar la implicación necesaria entre las exigencias de la motivación y la presunción de inocencia bastaría con señalar que la exigencia de la motivación se proyecta también sobre veredictos absolutorios”

La observancia de la garantía **no debería depender de la motivación**, -ni del contenido de su exposición, ni de su ausencia- de la condena. De lo que debería **depender** es de la efectiva existencia de **motivos** para la misma. De unos motivos **objetivamente** constatables. Cualquiera que sea el juicio que los mismos hayan suscitado subjetivamente al juzgador. Y, por supuesto, cualquiera que sea la agudeza y acierto del juzgador en la exposición de los mismos. Desde luego ese medio de prueba debe reunir los requisitos que satisfagan la garantía constitucional: licitud y práctica en juicio oral y público.

Como deriva de la LOTJ, habrá de **atenderse a la prueba practicada. Y no a cómo la valoró el juez, o a como éste exponga su proceso valorativo**. El motivo que autoriza a enervar la presunción no puede ser otro que la objetiva existencia de un resultado probatorio, del que importa su sentido más que su potencia para convencer. Lo que debe constatarse es que los medios de prueba hayan aportado lo que a veces se ha denominado una “afirmación instrumental”. Y que tal resultado, “lo que dice” el medio de prueba, sea de cargo. Que tal afirmación del medio probatorio llegue a ser una “afirmación del juzgador”, porque, creyéndola, la haga suya, solamente puede ser controlado, por alguien que no sea ese Juez comparador, en la medida que la convicción de éste resulte notoriamente errónea. Con tal notoriedad que la calificación del error pueda hacerse prescindiendo de la intermediación en la recepción del medio.

Si nada impide coincidir en que el control debe hacerse a medio de una “análisis externo”, parece discutible que el citado control tenga por objeto la “valoración efectuada” por el autor de la sentencia. Más deseable podría ser atender al resultado objetivo –según la interpretación, que no valoración, de lo que “dice” el medio- de la actividad probatoria. **Esta sería la garantía sustantiva de la presunción de inocencia, frente a la procesal de la motivación**. Diferencia importante si atendemos a las consecuencias que uno y otro control deben acarrear. La infracción sustantiva la anulación de la condena y absolucón subsiguiente. La procesal la reposición de actuaciones al tiempo de la infracción. Y esta debe ser la conclusión cuando lo defectuoso de la motivación, o su total ausencia, impide incluso el control de la garantía al obstaculizar el conocimiento del resultado de la actividad probatoria. Pero eso nos debe llevar ya al siguiente motivo.

4.- Inadmisión de prueba en segunda instancia, salvo para constatar que la sentencia apelada se funda en inexistentes resultados de los medios de prueba.

Es en todo caso una tarea que puede ser efectuada por cualquiera que tenga **constancia de lo reportado por el medio**, aunque esa constancia no derive de la inmediata percepción de la práctica de éste. Por eso puede efectuar el control cualquiera que tenga acceso a dichos resultados probatorios. Como debe poder acceder el órgano *ad quem* con responsabilidades para establecer si la garantía constitucional de presunción de inocencia fue o no respetada.

Una cosa es que no quepa revisar la valoración de credibilidad de un testigo y otras revisar si éste ha dicho lo que la sentencia dice que dijo.

La discrepancia de la parte con la **interpretación** (que no valoración) de lo manifestado por el medio de prueba puede justificar la única actividad probatoria admisible en la segunda instancia.

Entendemos, en último caso, que no es (coherente) razonable la propuesta del Proyecto de Ley presentado en las Cortes Generales al restringir los motivos de apelación por cuestiones fácticas y admitir la práctica de prueba o la revisión de la grabada, lo que se considera una falta de coherencia interna del modelo. (?)

5.- Por otro lado debe considerarse también el ámbito del recurso en relación con contenidos específicos dentro de la condena cuando lo que se pretende es la reconsideración de alguno de ellos a favor del reo

Entendemos que la garantía de la presunción de inocencia, como regla de enjuiciamiento, debe poder invocarse, más allá de la decisión sobre la culpabilidad, como regla de todo contenido perjudicial para el penado.

En cuanto a las bases de hecho de la responsabilidad civil, la amplitud de la apelación será similar a la que tiene la apelación civil.

#### B) *infracción de las garantías procesales* :

Aquí el contenido del proyecto es el mismo que en la regulación vigente. Si ello no suscita problemas en relación al amplio catálogo de garantías a considerar, las ha suscitado cuando se trata del **canon de motivación** de la sentencia.

El problema surge de manera particularmente acuciante cuando se trata de recurso contra **sentencias absolutorias**.

Surge ahí un riesgo de que, bajo pretexto de reprochar a la sentencia absolutoria la falta de motivación suficiente, lo que se está es exigiendo que se justifique la inocencia del acusado.

Con singular rigor y acierto lo señala el voto particular de la STC 246/2004 de 6 de octubre: "...Cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para

declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia..”.

C) *la infracción de normas **constitucionales o legales** en las que se base la impugnación.*

Con más precisión la LOTJ recoge ese motivo acotándolo mediante la exigencia de que tal infracción surja en relación con la **calificación** jurídica del hecho o la **determinación de las consecuencias** jurídicas.

La cuestión de la concreción del motivo adquiere realce si se advierte que los hechos, tal como vienen declarados en al recurrida, son intangibles desde este motivo del recurso.

No solamente en la casación, también en la apelación queda **excluido el motivo error en la apreciación de la prueba** que la actual LECR considera infracción de ley. Con razón se ha dicho que en la LOTJ la inalterabilidad del hecho probado era más estricta que en la casación, ya que esta admitía el motivo error en la valoración de la prueba. Con el sistema del proyecto ambos recursos se equiparan. Ya solamente caben errores *in iudicando in iure*, pero no *in iudicando* al valorar la prueba.

La declaración de **hechos probados solamente puede alterarse** si se estima alguno de los **otros motivos: conculcación de la presunción de inocencia**, dando lugar a la absolución, **o déficit motivador**, dando lugar a la anulación de la sentencia, **pero, en ningún caso, a una sentencia de condena por el órgano *ad quem***

De ello deriva que la doctrina de la STC 167/2002 y su rectificación por la STC 338/2005 ha quedado sin objeto por imposibilidad de hipótesis aplicativa.

### **III.- ADHESION**

Aquí el proyecto pone final a una injustificada jurisprudencia que inadmitía toda adhesión en sentido dispar del correspondiente al recurso principal.

Se trata de asumir la constante doctrina del TC que advertía de la inexistencia de obstáculos constitucionales a esa adhesión de sentido discrepante de la principal.

Y se recoge el afortunado precedente regulador que inauguró la LOTJ.

Nos pronunciamos por la posibilidad de que la parte que no ha apelado, una vez reabierto el debate por el recurso interpuesto, puede formular pretensiones diferentes o incluso opuestas a las del apelante principal. Obviamente, la subsistencia procesal de este recurso adhesivo (en su sentido gramatical primario de “pegado” al otro) está supeditada a la del recurso principal y a la facultad de desistimiento del primer apelante.

#### IV.- PROCEDIMIENTO DE APELACIÓN

Nos pronunciamos por la unificación procesal de todos los recursos, con:

- un modelo único para los recursos interlocutorios, o en general contra autos, basado en el actual procedimiento del art. 766 de la LECrim.,
- y un modelo también único de recursos contra sentencias, basado en el actual procedimiento de los arts. 790 a 792.

No encontramos justificación alguna para el mantenimiento en el proyecto de dos tipos de apelaciones contra autos, manteniendo el del procedimiento ordinario (arts. 224 y ss.), y tampoco para que se establezcan modelos procesales distintos a los recursos contra sentencia.

En cuanto al procedimiento del recurso contra sentencia, nos pronunciamos a favor de la tramitación escrita, salvo excepciones apreciadas por el tribunal.

### LA CASACION

Quizás no sea casualidad que dos Presidentes del TS hayan asumido la tarea de reivindicar para la casación una fuerza vinculante en medida jamás reconocida, por lo menos en el orden penal. Pascual Sala ya invocó el valor constitucional de la **igualdad** y la **equiparación de la doctrina legal y la infracción de ley** como fundamento para reivindicar para los criterios interpretativos del TS **valor vinculante** denominándolos criterios normativos.. Eso sí haciendo protesta de que ello no implica alteración del sistema de fuentes ni acarrea riesgo de petrificación.

Alguna noticia ha sido dada, por otro lado, de **iniciativas de la Sala Segunda** del Tribunal Supremo que dibujó un modelo de casación penal que demostraría una fuerte influencia en el que da lugar a estos comentarios.

Más recientemente Hernando Santiago, cerraba filas con su predecesor y en la apertura de Tribunales de 2005 invocaba el estado de opinión, de ciudadanos en general y del mundo de la empresa en particular, ante la realidad, calificada de problemática, de la existencia de sentencias contradictorias. También se renueva la invocación del principio de igualdad y se advierte de la diferencia entre la “misión” (sic) unificadora y la nomofiláctica. Diferencia el *ius constitutionis* (preservar la Ley y el Derecho frente al Juez) de la casación respecto al *ius litigatoris*, propio de los demás recursos. Pero reconoce que éste ha de estar hoy presente también en la casación, como lo estuvo *ab origine*. Y concluye, como Sala, que es necesario dotar a la Jurisprudencia del TS de fuerza vinculante. Por cierto más allá de la mera posibilidad de invocarla como motivo casacional.

No son pocas las razones para rechazar, en el orden penal, tales tesis.

1) El mismo Sala ha de reconocer que el **Tribunal Constitucional no ha dado al valor igualdad el desarrollo interpretativo que él postula** ya que, como también advierte Gascón Abellán, a lo más que ha llegado es a concluir que el autoprecedente solamente exige una explicación razonable para su abandono.

La posibilidad de casar las sentencias dictadas por los tribunales, de cualquier orden, fue establecida por el sistema francés como una garantía de sumisión de los órganos jurisdiccionales a la ley, principio básico del diseño constitucional surgido de la Revolución. La **uniformidad** es solamente un efecto derivado de esa vinculación. La **nomofilaxis** era el objetivo fundamental. Es más, la seguridad jurídica como valor y la certeza del Derecho, como instrumento funcional a aquella, tenían su peligro indeseable, precisamente, en los Tribunales y su garantía en la ley, llegando a proscribir incluso su interpretación en sede jurisdiccional. De ahí que la responsabilidad inicial de decidir la casación no recayese en un órgano situado en la organización de la jurisdicción.

2) En el **sistema comparado continental** no cabe encontrar una concepción de la casación pareja a la que se propone en el proyecto de ley que acaba de remitirse al Congreso de los Diputados. Aunque admiten que el TS decida en recuso *ius contitutionis* para el que se legitima al MF y cuya decisión no afecta a la ejecución del fallo dictado en la causa que da lugar al recurso.

El sistema francés regula como recursos muy **diversos** el que lleva al TS a decidir sobre el **caso** antes de la firmeza de la recurrida y el que controla la aplicación de la ley como mecanismo de homogeneización en **interés de ley**, cuando la sentencia recurrida ya alcanzó el efecto de cosa juzgada. Este segundo no es, por eso, propiamente un recurso. También es admitido por el sistema portugués en iguales condiciones. No ocurre así en los modelos italiano o alemán que solamente regulan la casación como propio recurso, antes de que se produzca la cosa juzgada.

En Austria el **MF** puede interponer el recurso de nulidad (casación) en interés de ley, que puede ser presentado, **aunque el acusado o la acusación no hayan ejercitado el derecho de recurrir dentro del plazo legal**. Si el equivalente al Tribunal Supremo estima que el recurso en interés de ley tiene fundamento, declarará que en la causa penal en cuestión se ha infringido la ley (...). Este pronunciamiento **no tendrá efectos, por regla, respecto del acusado**. Sin embargo, si el acusado ha sido condenado por la sentencia anulada, el Tribunal Supremo decidirá libre y discrecionalmente la absolución o aplicar una pena atenuada o, según las circunstancias una repetición del proceso

Desde luego lo que ninguno de ellos hace es a) impedir el acceso al TS cuestionando la validez o justicia de la sentencia de instancia invocando la ley y no, en vez de la ley, la doctrina de anteriores decisiones del TS bajo fuerza

vinculante de estas, y tampoco b) atribuir, cuando se admite, a la decisión homogeneizadora, trascendencia en el caso que la motiva.

Es el sistema USA, por el contrario, el que atribuye a la Corte Federal la función de imponer la uniformidad más que la de responder al *ius litigatoris*. De ahí la discrecionalidad dada a la Corte para admitir el *certiorari*. Siquiera aquélla ha de atender a presupuestos determinados, por lo demás, bien paralelos a los del proyecto de ley remitido a las Cortes

3) Por otro lado el TC siempre ha advertido de la **prioridad de la sumisión a la ley respecto de la igualdad**, si aquella y ésta entraran en eventual conflicto.

Precisamente la sumisión a la ley no admite, en el ámbito penal “modulaciones”.

Cierto que esa ley, a la que se refiere el art. 117 de la CE no cabe reducirla al concepto de ley formal. Pero, aunque la pluralidad de criterios normativos (ley, costumbre, jurisprudencia) es utilizable para la decisión de materias de otro orden, cuando la cuestión estriba en establecer si un comportamiento merece o no la calificación de delictivo, **solamente cabe buscar aquel criterio en una fuente: la ley y precisamente la ley parlamentaria.**

4) Atribuir a la jurisprudencia carácter vinculante **puede alterar el sistema de fuentes, lo que equivale a alterar la distribución de poder configurada en la Constitución.**

Es la **autonomía** de la jurisprudencia como criterio para que se casen sentencias la que suscita esa cuestión en relación con el sistema constitucional de fuentes del Derecho.

Porque, si no se la desvincula de la sumisión a la ley, de manera que su eficacia se despliegue con ocasión de la alegación de aquella infracción como motivo de recurso, es el propio TC quien ha dotado a las sentencias del TS, también en el orden penal, de un cierto valor **complementario** del ordenamiento jurídico. Así en la STC 133/1995 de 25 de septiembre.

Desde luego lo que **en ningún caso tuvo la jurisprudencia del TS es la fuerza vinculante del sistema del *stare decisis***. Nuestro ordenamiento, en la familia del *civil law* no ha hecho del *precedente* la fuente vinculante del Derecho aplicable en la sentencia siguiente. A lo sumo, ha recibido del TC el carácter de exigencia argumental para legitimar la sentencia posterior que se aparta de la anterior.

Pero es que, además, la doctrina de la **Sala Segunda** del Tribunal Supremo, privada de aquella función de la doctrina legal civil como motivo casacional, e impensable en ella la fuerza del precedente anglosajón, no ha tenido nunca otro valor, en lo que a vinculación de los demás tribunales se refiere, que el que derive de su **fuerza persuasiva**, sean o no meritorios los motivos de quien sucumbe a ella.

5) Quizás tampoco deba olvidarse que el valor **seguridad** y el de **corrección** están en **tensión** reflejando la que Habermas describe como existente, en la inmanente al derecho, entre facticidad y validez. El juez en su decisión ha de satisfacer la pretensión de legitimidad del orden jurídico, ha de pretender la validez de su decisión a la luz de reglas y principios legítimos. Ello acarrea que la sentencia **no solamente ha de concordar con el trato que en el pasado se dio a casos análogos** y con el sistema vigente. La sentencia ha de aceptarse por ser una decisión racional. No solamente por su justificación interna, también por la fundamentación externa de las premisas de que parte la interna. Lo que acarrea el **análisis crítico de las decisiones del TS como criterio normativo para el caso concreto**. El valor uniformidad, mediante la consolidación de los criterios de casos anteriores, implica, desde luego, una petrificación poco acorde a un adecuado sistema de normas de competencia a las que se refiere la teoría del derecho como mecanismo para garantizar, además de la aplicación, la evolución del ordenamiento.

6) Porque tampoco cabe ignorar que un cierto **pluralismo** en el contenido de la doctrina establecida por los Tribunales no es necesariamente un valor despreciable. Cuando menos resulta desalentador que los órganos jurisdiccionales se afanen más en acudir a las bases de datos a buscar el criterio del TS que a aportar la propia argumentación sobre el sentido de las decisiones que adoptan.

7) Porque la jurisprudencia del TS adolece de **falta de funcionalidad** para el objetivo de obtener de los tribunales del orden penal la homogeneidad que se dice desear.

a) Los supuestos en que se establece la duda, la que emplaza al momento jurisdiccional a suplir las deficiencias de definición del texto legal, son aquellos en que la definición del **supuesto de hecho** de la norma es **refractario a definiciones precisas**, por lo que no se entiende que el juez pueda superar la dificultad que fue insalvable para el legislador. ¿Cuál es la razón por la que el TS puede imponer unas cuantificaciones precisas al concepto de **notoria importancia** en materia de tráfico de drogas si el legislador ha querido que quedase en la indeterminación? Y lo mismo cabe decir de todos aquellos supuestos en que la **entidad o gravedad** se erige en premisa determinante de la selección de tipos penales. Y también, en el ámbito de aplicación de la ley procesal penal, cuando el **contexto** es referencia ineludible para fijar las consecuencias a imponer por aplicación del principio de **proporcionalidad**. O de manera más agobiante, cuando la duda surge en la fijación de **cánones de valoración** de prueba, en los que alguna jurisprudencia parece querer resucitar remedos del sistema de prueba tasada.

b) Porque la vinculación bajo pretexto de complemento integrador de la Jurisprudencia –constitucionalmente admitida- no puede pretender **prioridad** respecto a la vinculación directa ex lege.



c) Porque no cabe confundir la ascendencia o fuerza persuasiva de las sentencias del TS con el *imperium* solamente predicable de otras fuentes.

d) Porque la **versatilidad** de la jurisprudencia introduce cuando menos la misma **indeterminación** que puede derivar de los textos legales, lo que priva a aquella de la legitimación que pretende como garante de certeza.

La reforma, a que se endereza el proyecto remitido a las Cortes, alcanza al art. 5 de la LOPJ añadiendo un nuevo párrafo: “*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.*”

Con acierto poco discutible se ha dicho que si la jurisdicción constitucional no ha podido plegarse al precedente, ¿cómo iba a hacerlo la jurisdicción ordinaria, a la que faltaría ya el mínimo indispensable representado por una jurisprudencia uniforme, para no hablar de las dificultades representadas por una diversidad de casos infinitamente mayor....

e) porque la practica inviabilidad de dotar de acceso a la casación a la totalidad de las infracciones introduciría una **injustificable diversidad** en el sistema de fuentes en **función de la gravedad** de las infracciones penales.

Todo lo anterior redunda en la idea fundamental de que el principio de legalidad, con el significado que este tiene en el orden penal, hace absolutamente inaceptable la fuerza vinculante de la Jurisprudencia.

La diferencia entre el sistema del precedente del *common law* y el de la jurisprudencia del *civil law* hace irreductibles a unidad el modelo de la fuerza de las resoluciones de los respectivos Tribunales de uno y otro sistema, en general, y del Supremo de cada uno de ellos en particular

Trasladar al proceso penal la previsión del art. 493 de la Ley de enjuiciamiento civil implica quiebra del principio de legalidad penal.

Por eso la doctrina legal o jurisprudencia del TS en el orden penal nunca ha sido un motivo alegable en la casación de este orden.

Y es que la sumisión a la ley tiene un alcance y una significación diversa en las decisiones sobre aplicación del *ius puniendi* que exige, antes, una determinación estricta, escrita y previa de lo que está prohibido bajo amenaza de pena. El TC ha ratificado reiteradamente que el art. 25 de la CE impide que se determinen supuestos, cuya consecuencia sea la privación de libertad, si no es como supuestos de normas con rango de ley y, además, de ley orgánica.

El desacierto de la iniciativa legislativa alcanza entidad inadmisibles cuando, además, dota a la invocación de la jurisprudencia de **autonomía** como motivo de casación, atribuyéndole carácter de motivo excluyente del de infracción de ley.

La confusión en un mismo recurso del *ius litigatoris* y del *ius constitutionis* es bien disfuncional. Entre otras materias, en el tratamiento de la legitimación o del plazo para recurrir y en cuanto al efecto suspensivo o no del recurso. La

alegación del interés de ley no debe supeditarse al gravamen. Ni parece que ese interés sea compatible con la acotación de plazos cortos para recurrir. Si el mismo es compatible con la no suspensión de la ejecución, el *ius litigatoris* puede exigir esta.

Muy particularmente resulta problemática la invocación de la interpretación por el TS como motivo de casación, al modo de doctrina legal que justifica la casación de la sentencia recurrida en el caso concreto cuando se examinan las consecuencias en cuanto a **retroactividad de los cambios de dicha doctrina legal**

## PROPUESTAS DE CONCLUSIONES

1ª.- JpD estima que debe reconducirse el conocimiento en primera instancia de todas las causas por delito a las Audiencias Provinciales conociendo unipersonal o colegiadamente según la gravedad del delito.

2ª.- Los actuales JpD deberían incorporarse a las plantiíllas de las AAPP, reasignándose los recursos humanos y materiales de los Juzgados de lo Penal que se extinguirían.

3º.- La segunda instancia debe atribuirse solamente a los TSJ.

4ª.- La apelación debe ser conocida por Salas específicas diversas de las actuales de lo Civil y Penal sin que en aquellas se integren elementos por designación de órganos políticos.

5ª.- Las sentencias absolutorias son susceptibles de ser cuestionadas en lo que concierne a su validez.

6ª - La declaración de hechos probados de una sentencia absolutoria no puede ser substituida por otra diferente en la segunda instancia.

7ª.- Si se pretende una agravación de la condena del apelado es discutida la admisibilidad de que se funde en una variación de los hechos probados.

8ª Cuando se trata de recursos contra sentencias condenatorias no debe admitirse que la sentencia de segunda instancia sustituya la valoración de la prueba practicada en el juicio oral en la primera.

9ª.- No cabe revocar la declaración de hechos probados de la sentencia apelada si su motivación al respecto satisface el canon de razonabilidad

10ª.- **la impugnación de los hechos declarados probados debe extenderse igualmente a la duda razonable que el órgano de apelación puede sostener**

11ª.- Si el motivo es la insostenibilidad o inexistencia de la motivación, el efecto de su estimación debe ser la nulidad de la sentencia.

12ª.- El control de la motivación abarca la que justifica las conclusiones de la primera instancia tanto respecto a la prueba directa como a la de indicios.

13ª.- La presunción de inocencia como garantía material exige, de prosperar su invocación, la absolución del condenado ( o la revocación de un determinado contenido de la condena). Por el contrario la ausencia o defecto de motivación, como garantía procesal, solamente puede determinar la reiteración del juicio.

14ª.- La discrepancia de la parte con la interpretación ( que no valoración) de lo manifestado por el medio de prueba puede justificar la **única actividad probatoria admisible en la segunda instancia**

15ª.- Cuando se trata de sentencias absolutorias, exigir exteriorizar los motivos que avalen la existencia de pruebas suficientes para declarar la inocencia supone invertir el entendimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia..”.

16ª.- El motivo de infracción d precepto constitucional o legal no puede implicar modificación de hechos probados.

17ª.- resulta plausible la generalización del sistema de admisión de adhesión regulado en la LOTJ

18ª.- **Nos pronunciamos por la unificación procesal de todos los recursos, con:**

- **un modelo único para los recursos interlocutorios, o en general contra autos, basado en el actual procedimiento del art. 766 de la LECrim.,**
- **y un modelo también único de recursos contra sentencias, basado en el actual procedimiento de los arts. 790 a 792.**

19ª.- El principio de legalidad en el orden penal realza, si cabe, su hegemonía frente a la pretensión de igualdad.

20ª.- El TS debe asumir en el orden penal una función esencialmente nomofilactica. Al efecto, el recurso de casación debe reconocer como único motivo el de infracción de ley, incluyendo la ley procesal, pero excluyendo toda posibilidad de modificar los hechos que han quedado fijados en las instancias.

21ª.- La doctrina que establezca el TS, resolviendo recursos en interés de parte, no puede constituir motivo autónomo de recursos de casación. El proyecto de ley implica una verdadera alteración del sistema de fuentes y de la distribución de poder efectuada en la Constitución.

22ª.- La fórmula del denominado recurso en interés de ley debe mantenerse extraña al sistema penal y, en todo caso, no debe excluir la casación penal sobre la decisión del caso, y su eventual instauración ha de tener lugar cuando ya no cabe ésta y sin que su resolución tenga efecto vinculante.

23ª.- El acceso a la casación no debe limitarse en función de la entidad de la pena.

24.- Tampoco puede limitarse el acceso cuando las sentencias de las instancias sean totalmente conformes

25.- La función de la casación justifica que el TS pueda valorar la inadmisión del recurso si carece de interés casacional.

Luciano Varela Castro