

ESTADO ACTUAL DE LA CASACIÓN PENAL

Javier Ignacio Prieto Rodríguez

Doctor en Derecho. Abogado

Profesor-Tutor Derecho Penal I y II. Universidad Nacional Educación a Distancia.
Tortosa.

Profesor Escuela de Práctica Jurídica de Tarragona y Reus (Universidad Rovira i
Virgili).

Colabora **Manuel Alfonso Prieto Albouy.**

Junio de 2014

SUMARIO

I.- Introducción.

II.- El recurso en el proceso penal. El derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena. Condenas internacionales de España.

III.- RECURSO DE CASACIÓN. REGULACIÓN LEGAL VIGENTE. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

A) Naturaleza. Antecedentes históricos.

B) Resoluciones contra las que procede.

C) Legitimación.

D) Motivos de casación.

D.1) Por infracción de ley.

D.2) Por quebrantamiento de forma.

D.3) Por infracción de derecho constitucional. Casación y derechos fundamentales. Las nuevas funciones del recurso.

Casación y presunción de inocencia.

Casación y tutela judicial efectiva.

Delimitación de funciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

E) Procedimiento.

F) El recurso de casación contra sentencias absolutorias. Estado de la cuestión.

G) Otras cuestiones.

G.1) Tribunal de Casación. Connotaciones políticas.

G.2) Cuestiones nuevas.

G.3) Alcance de la adhesión en casación.

G.4) Agilización de la tramitación de casación. Disfunciones. Acumulación

G.5) ¿Vinculan las pretensiones de las partes al Tribunal de Casación?

IV.- Anteproyecto de Código Procesal Penal. La segunda instancia y el recurso de casación.

I. INTRODUCCIÓN.

Constituye tarea ardua en este país el intento de resumir o simplificar la regulación legal aplicable en numerosas disciplinas jurídicas. Cambio legislativo incesante que pretende convertirse, sin éxito, en la panacea para solución de los problemas que nos aquejan. Con independencia de que el texto legal proyectado o, incluso, aprobado, llegue a cumplirse.

De esta carrera imparable de modificaciones, no se libra la norma penal sustantiva y procesal penal. Constituye la respuesta a la falta de voluntad o incapacidad, políticas, de dotar a la sociedad española de un Código penal, que denote cierta permanencia, ajeno a las lides partidistas. Así como de un texto de procedimiento criminal adaptado al mundo actual, a las nuevas tecnologías y métodos de investigación, lo que no debe conllevar el abandono de los principios que lo vienen disciplinando, plasmados, v.gr., por el legislador decimonónico en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tropezamos con un auténtico cúmulo de leyes, anteproyectos, proyectos, modificaciones parciales; derogaciones...

Las reformas operadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.), desde 1978 hasta marzo de 2014 se aproximan a cuarenta –la última operada por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, que modifica el polémico régimen introducido en sede de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia legal jurídica. Modifica el art. 367 *ter* LECrim., en materia ajena por completo, no sólo a un título, sino a la materia abordada en el Real Decreto¹.

Desde 1882 á 1977, inclusive, principiando por la operada por Ley 20/4/1888, computo tan sólo dieciocho.

Tal proceder acredita inseguridad. Alzaprima la realidad política, en detrimento de la estabilidad legislativa; en ocasiones de la propia seguridad jurídica. Elaboración de anteproyectos o estudios técnicos, que caen en la nada, que abandona el gobierno siguiente. El trabajo de las Comisiones Técnicas de turno, cuya composición queda al albur del grupo político dominante del momento, devienen inservibles, cae en el olvido sin aunar esfuerzos.

Los acuerdos sobre Principios del Pacto de Estado para la reforma de la justicia de 28.mayo.2001, fijados por el Gobierno de la nación y los

¹ Destrucción de efectos judiciales, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia.

Partidos Popular y Socialista, se han traducido en gran parte en meras declaraciones de intenciones, enterradas por la rivalidad partidista.

Transcurrido más de trece años desde entonces, no se ha elaborado una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, como plasmaba el punto 17 del Pacto. Ley de Enjuiciamiento Criminal que debía, entre otros extremos, perseguir *“la extensión de la doble instancia, de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisibilidad de las condenas por un Tribunal Superior”*.

Incumplimiento no únicamente de los acuerdos, sino incluso de las propias leyes aprobadas por las Cortes. Desobedecen los distintos Gobiernos en el poder el texto aprobado.

V. gr., la Disposición Final 4ª de la Ley 5/1995, del Tribunal Jurado: *“En el plazo de un año, desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva”*.

Texto que instauró el recurso de apelación contra Sentencias dictadas por el Magistrado–Presidente del Tribunal del Jurado, atribuyendo la competencia decisoria a la Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Precisamente, para dar cumplimiento a la exigencias derivadas de la segunda instancia.

“Nueva apelación –que– aspira a colmar el derecho al “doble examen” o “doble instancia”, en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior (...) y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos, el recurso de casación”².

Previsión incumplida, sin recato, a pesar de las condenas internacionales de nuestro país en la materia, al colegir que el recurso de casación, único precedente contra Sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, por el carácter tasado y rigorista de sus motivos, no permite dar cabida al derecho a que todo fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior. Condenas que obedecen en gran medida al desconocimiento del sistema casacional español, y de las posibilidades que ofrece. Singularmente, tras la inclusión entre los clásicos motivos de recurso (por infracción de ley y por quebrantamiento de forma), del fundado en la infracción de precepto constitucional, introducido por el art. 5.4 LOPJ -y tras la reforma operada

² Exposición de Motivos, apartado IV de la Ley 5/1995, de 22 de mayo.

por la Disp. Final 12.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, explícitamente por el art. 852 LECrim.-.

En sede de casación, contemplando al Tribunal Supremo como órgano superior jerárquico en todos los órdenes jurisdiccionales (art. 123 CE) , el punto 1º del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, tras la pretensión de lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del órgano, potenciando *“su función como órgano jurisdiccional y garante de la unidad de la doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales”*, anunciaba una reforma del *“recurso de casación, aproximando su regulación en las diferentes leyes reguladoras del proceso y atendiendo a la noción del interés casacional”*.

Tampoco se ha cumplido tal compromiso. Al contrario, se ha venido parcheando el sistema procesal con procedimientos de nuevo cuño, o introduciendo especialidades procesales en los existentes. En algunos existe la doble instancia, y en otros (precisamente, los seguidos para los delitos conminados con penas más graves) únicamente se prevé el recurso de casación.

La Ley 19/2003, de 23 de diciembre, modificó el art. 73.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), atribuyendo *“el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales”* a las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, lógicamente en su función de Sala de lo Penal. Creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, asignándole el conocimiento de los recursos de dicha clase que estableciera la ley contra resoluciones de la Sala de lo Penal.

Aun infrutilizadas las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, se prescindió igualmente de dar cumplimiento a su disposición final segunda, estableciendo la obligación del Gobierno de remitir, en el plazo de un año, a las Cortes los proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas.

Los cambios instaurados por Ley 19/2003 entrañan realmente el acomodo orgánico a la pretensión de generalizar la segunda instancia en todos los procedimientos penales. Sin embargo, no se traspasó el umbral de la simple modificación orgánica, sin ulterior desarrollo legislativo, al incumplir el anuncio de cambio, de acomodo de las leyes procesales.

La Ley 19/2003 fue la respuesta, tardía y sin ulterior desarrollo, de España al primer dictamen condenatorio del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al concluir que la revisión casacional en España no cumple las garantías que reclama el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

A partir de la reforma operada en la LOPJ por la LO 19/2003 *“la regularización de la generalización de la segunda instancia... parece un camino sin retorno y su demora deja el sistema de recursos en una*

peculiar incongruencia, que ha dado lugar a algunas situaciones paradójicas”³.

* En Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2005 se aprueba el *“Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal”⁴.*

Perseguía dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la observancia del *“ius constitutionis”* y del *“ius litigatoris”*, pretendiendo convertir la casación singularmente en un recurso para la unificación de doctrina, en su clásica función de remedio a la vulneración de la ley por los órganos judiciales inferiores, estableciendo una interpretación uniforme, que dote de seguridad al sistema.

La reforma del recurso conecta imprescindiblemente con la previsión de generalización de la segunda instancia penal, relegando a la casación el papel tradicional de recurso extraordinario con finalidad unificadora, su carácter nomofiláctico⁵.

³ **GARRIDO LORENZO, M. A.**, *“Hacia la reforma de la segunda instancia penal. Los recursos de apelación y casación a examen”*. En número monográfico sobre *“Recursos en el proceso penal: recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y de revisión”*. Estudios de Derecho Judicial 150-2008, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 18.

⁴ Proyecto de Ley 121/000069/2005, de 26 de diciembre. Boletín Oficial de las Cortes de 27 de enero de 2006.

⁵ El objetivo de la reforma venía descrito en la Exposición de Motivos, en los siguientes términos:

“I (...) Con esta reforma del sistema de recursos en que se concreta lo anterior se pretende, de un lado, que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, sea el garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, cumpliendo su función unificadora y, de otro, que los Tribunales Superiores de Justicia sean efectivamente la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

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

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

Motivó ésta proyectada reforma el Acuerdo de Gobierno de la Sala Segunda Tribunal Supremo, tras sesión del Pleno de 24 de enero de 2006, sobre la Reforma de la Casación, apoyado por informe del Consejo General del Poder Judicial de 22 de marzo de 2006. Incorpora, entre otras, las siguientes conclusiones:

1ª.- Crítica de la proyectada redacción del art. 847 LECrim.⁶, advirtiendo una importante insuficiencia, dado que debe partirse de la premisa que de la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe poder extender su ámbito sobre todo el Código Penal. La norma restringe el ámbito de casación de manera excesiva.

Quedaba fuera del ámbito casación, con riesgo de jurisprudencia discrepante, gran número de delitos (198 y otros 79 podían quedar dentro o fuera, del total de 333 que incorporaba el Anexo II del informe).

Esta nueva configuración de los recursos de casación -que constituyen la vía más numerosa de entrada de asuntos al Tribunal Supremo- como recursos para la unificación de doctrina, impone una mayor vinculación de todos los órganos judiciales a los pronunciamientos del Alto Tribunal, como señala el artículo 5.1 de esta Ley orgánica y se deriva de su posición constitucional, artículo 123 CE, como el órgano superior en todos los órdenes.

Por otro lado, en correspondencia con esta función uniformadora que corresponde al Tribunal Supremo, en relación con la interpretación y aplicación del derecho estatal, también se intensificará en su ley procesal la unificación de doctrina que corresponde a la Sala de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con la interpretación y aplicación del derecho propio de la Comunidad Autónoma. La sección a la que se atribuye tal función es exponente de esta atribución y ha de tener su reflejo también, ex artículo 122.1 CE, en ley orgánica.

“VI.- El recurso de casación, como instrumento de impugnación de las resoluciones judiciales, además de satisfacer el interés de los litigantes, al someter a un nuevo enjuiciamiento la resolución judicial que estiman contraria a su interés, tiene por objeto la protección del ordenamiento jurídico. Esta salvaguarda del ordenamiento jurídico debe realizarse mediante una función uniformadora que garantice los principios antes enunciados de igualdad y seguridad jurídica en la interpretación y aplicación del Derecho estatal.

*Acorde con tales principios, la presente reforma cambia la naturaleza y configuración del recurso de casación que pasa a ser, esencialmente, un **recurso para la unificación de doctrina**, limitando su ámbito a las infracciones que se hayan producido en la aplicación del ordenamiento jurídico estatal con motivo de pronunciamientos discrepantes de los órganos judiciales inferiores. Esta función uniformadora adquiere diversa intensidad según las peculiaridades de cada orden jurisdiccional y la naturaleza de las normas en las que se funda el recurso.*

*1. En el orden penal, la reforma procesal se orienta, de un lado, a culminar la **generalización de la segunda instancia penal** que, iniciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, diseña el procedimiento a seguir para satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto. Y, de otro, la reforma se concreta en adaptar el recurso de casación a la puesta en marcha de la doble instancia penal, pues si todos los asuntos son susceptibles de un doble enjuiciamiento, la casación debe dejar de ser una "casación ampliada" y debe ceñir su ámbito al propio de un recurso extraordinario con finalidad unificadora.*

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

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

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

2ª.- Sustitución del criterio de la pena concretamente impuesta por la de pena abstracta. Si el límite penológico que sirve para marcar el ámbito de la casación es la pena efectivamente impuesta en la sentencia, la existencia o no del recurso puede quedar, en ocasiones, en manos de los órganos *a quo*. Defendía la Sala Segunda la conveniencia de que no utilizar el criterio de la pena concreta, sino el de la **pena en abstracto** (la establecida en la ley para el tipo delictivo de que se trate).

3ª.- Legitimación del Ministerio Fiscal para poder recurrir con relación a todos los tipos, a efectos de uniformidad en la doctrina jurisprudencial (“*Cerrar el sistema del recurso de casación, permitiendo mediante dicho recurso pueda la jurisprudencia abarcar todos los tipos delictivos del Ordenamiento Jurídico*”). Introduciendo así una suerte de recurso de casación en interés de Ley, como es habitual en la legislación comparada⁷.

Innovaba el Proyecto de Ley los motivos de casación (art. 848):

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

b) *Contradicción de la sentencia impugnada con otra sentencia dictada en segunda instancia por las salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, audiencias provinciales o Audiencia Nacional, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelva la alegada contradicción.*

2. *La contradicción alegada deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida.*

interpretación de la ley.

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

En la vertiente procedimental se pretende establecer un primer filtro, sobre la admisibilidad de la casación, en el momento de la preparación del recurso ante el Tribunal que dictó la sentencia que se pretende recurrir, intensificando el control de la Sala de instancia sobre los requisitos a cumplir en la preparación. También se fortalece y adapta el trámite de admisión del recurso de casación al nuevo recurso centrado principalmente en la unificación de doctrina”.

⁶ Art. 847 LECrim. «1. Procede el recurso de casación contra:

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

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

d) Las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala del Tribunal Superior de Justicia prevista en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Procederá también el recurso de casación en los supuestos y en los términos establecidos en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

⁷ Incorporando el Acuerdo I Anexo III: Modelos europeos sobre el recurso de casación en interés de la Ley (CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY), con cita de la regulación en Austria, Francia, Holanda y Polonia).

El único legitimado para la interposición sería el Fiscal General del Estado.

Incorporaba el acuerdo la propuesta de un nuevo capítulo (“*El recurso de casación en interés de ley*”), mediante la introducción de los artículos 907 á 909. Reza el primero: “*El Fiscal General del Estado podrá interponer un recurso de casación en interés de la ley contra las sentencias definitivas de los tribunales penales dictadas en infracción de ley o de precepto constitucional, inclusive cuando no corresponda recurso en los términos del art. 847 o el acusado o las partes acusadoras de la causa no hayan recurrido*”.

Además, la contradicción solo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales”.

* Es oportuno reconocer la trascendencia, ante la anunciada necesidad de una nueva configuración del proceso penal, de la iniciativa puesta en marcha por el Ministerio de Justicia en 2011 para elaborar un Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (el llamado “*Anteproyecto Camaño*”, en honor al Ministro de Justicia que lo impulsó). Fue aprobado por el Gobierno el 22 de julio de 2011, decayendo al convocarse las elecciones el 20 de noviembre del mismo año⁸.

* Con inmediatez, se crea por el nuevo Gobierno (acuerdo del Consejo Ministros de 2 de marzo de 2012) una Comisión Técnica encargada de la elaboración de una propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El resultado es la propuesta de anteproyecto de Código Procesal Penal (ACPP), que se hizo pública el 25 de febrero de 2013. Analizamos sus novedades más adelante.

* Ínterin se elabora este estudio, se anuncia la aprobación en Consejo de Ministros de 4 de abril de 2014 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en sustitución de la vigente de 1985, modificada en cuarenta ocasiones desde su aprobación.

Descuellan como novedades la articulación de un sistema de jurisprudencia vinculante del Pleno de cada sala del Tribunal Supremo, como mínimo cada tres meses. La propia Sala decidirá su jurisprudencia vinculante, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado. A la que se unirá la doctrina creada en los recursos de casación en interés de ley, y la resultante de una cuestión jurisprudencial previa cuando lo establezca la sentencia.

El Anteproyecto de LOPJ no atribuye, en términos claros, la competencia para conocimiento del recurso de apelación a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 115), aludiendo genéricamente a que conocerán “3. *Los recursos que establezca la Ley en resoluciones dictadas en materia penal por los Tribunales Provinciales de Instancia*”.

II.- EL RECURSO EN EL PROCESO PENAL. EL DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y DE LA PENA. CONDENAS INTERNACIONALES DE ESPAÑA.

Al hablar de casación, hemos de referirnos necesariamente al derecho a recurrir. El derecho a corregir errores, omisiones o negligencias, “*iuris*” y “*facti*” en la aplicación de la norma por jueces y tribunales.

El recurso constituye un acto de la parte perjudicada por una resolución judicial, pretendiendo su nulidad o rescisión. Constituyen medios de impugnación conferidos a las partes en un proceso penal, vía de manifestación de su disconformidad, dentro del mismo procedimiento, contra las resoluciones que en él pudieran dictarse, y que consideran negativas o perjudiciales para sus intereses. Demandan bien su modificación, bien anulación.

⁸ MESTRE DELGADO, E.: “*Reescribiendo el Proceso*”. La Ley Penal, número 104 (“*Editorial*”), septiembre-octubre de 2013).

“Los recursos constituyen, sin duda, el elemento más dinámico del Derecho Procesal”, y son la expresión más clara del “derecho en acción”⁹.

Es la reacción del ciudadano para combatir la aplicación errónea o torcida del derecho, por el juez o tribunal.

CLASES.

En función de su alcance y pretensiones cabe distinguir dos tipos de recurso:

a) Impugnaciones. Procuran la nulidad o rescisión de la resolución judicial. Son el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en procesos por delitos, la casación y la queja en su configuración tradicional (arts. 233 á 235 LECrim.).

b) Medios de gravamen. Persiguen una resolución judicial que sustituya a la primera sin ser ésta necesariamente ilegal o ilícita. Se pretende una nueva resolución sobre lo ya decidido (doble grado de jurisdicción). Son el recurso de súplica y la apelación en juicio de faltas.

Cabe distinguir igualmente entre recursos contra:

- Resoluciones interlocutorias, incidentales o dictadas en procedimiento preliminar. Condicionados a su previsión legal.

- Contra decisiones de fondo o resoluciones definitivas. Siempre podrán someterse a control del superior jerárquico al que la dicta. Habrá que establecer el alcance que puede tener la revisión del órgano superior. Si es posible un “*novum iudicium*”, con posibilidad de revisar hechos, practicar nueva prueba..., o se limita a motivos formales, tasados, combatiendo únicamente cuestiones exclusivamente jurídicas.

El recurso constituye un derecho de configuración legal. Se identifica con la facultad de ejercitar los recursos previstos, pero no uno inexistente. Comprende el poder de acceder a la instancia legalmente establecida, con arreglo al sistema de recursos incorporados al ordenamiento procesal y a obtener en ella, con observancia de los presupuestos procesales y temporales, singularmente, una sentencia de fondo en la segunda instancia. De no estar previsto un recurso para obtener una resolución de fondo, cabe predicar la posibilidad de ejercicio de uno similar, pero no uno de nuevo cuño. V. gr., contra la Sentencia condenatoria por falta en juicio contra aforado dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, aunque el art. 976 LECrim. prevea apelación, cabría casación ante el Tribunal Supremo por ser el único superior jerárquico común.

⁹ URBANO CASTRILLO, E., “El recurso de casación penal en la actualidad”. En el número monográfico “Los recursos de casación y apelación en el orden penal”. Estudios de Derecho Judicial 101- 2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 2.

Algunas sentencias no admiten recurso. Por ejemplo, las dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra aforados (ex art. 847.2 LECrim., que únicamente posibilita recurso de casación contra sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y por las Audiencias en única instancia). Se viene entendiendo que la privación de la posibilidad de recurrir en estas situaciones no lesiona el derecho a un proceso justo, por dictarse la sentencia por órgano con mayor formación y experiencia. En este sentido, el art. 15 ACPP, tras establecer la posibilidad de que todas las sentencias penales sean “*revisadas por un Tribunal Superior a través del recurso de apelación legalmente establecido*” excepciona las previstas legalmente en las causas contra aforados.

El fundamento del recurso radica en gravamen o perjuicio aducido por el recurrente. Está proscrita la “*reformatio in peius*”. Nadie puede resultar más perjudicado en virtud de su propio recurso. Lo que no significa que, en méritos de recurso supeditado formulado por la contraparte, cuando legalmente sea posible articularlo, la resolución definitiva pueda modificarse en perjuicio del primigenio recurrente.

* Constitucionalmente, el acceso a los recursos se ha encuadrado en España en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y no en el derecho a un proceso debido, o con todas las garantías.

Como apunta **GIMENO SÉNDRA**¹⁰, aunque no tenga una consagración explícita en la Constitución, “*el derecho a los recursos*”, aparece previsto en el art. 2.1 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 14.5 del PIDCP, con entrada en nuestro ordenamiento jurídico vía arts. 10.2 y 96 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho a los recursos está implícitamente recogido en el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien no habría dificultad en encuadrarlo en el derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 64, 65 y 66/2001).

El mantenimiento y alcance de los medios de impugnación constituye la principal garantía frente al arbitrio judicial.

La inclusión en el derecho a un procedimiento con todas las garantías hubiera obligado al legislador ordinario a articular obligatoriamente un recurso contra la sentencia o resolución definitiva en todo proceso, lo que no sucedería estrictamente de encuadrarlo en el ámbito de la tutela judicial efectiva. Con ello, el llamado derecho fundamental a los medios de impugnación que reconoce el propio Tribunal Constitucional (entre otras, STC 168/1998), se traduce en un derecho de configuración legal a utilizar

¹⁰ **GIMENO SENDRA, V.**, “*Derecho Procesal Penal*”. Ed. Colex, 2004, 1ª edic., pág. 101 y ss.

los recursos exclusivamente cuando el legislador haya tenido por oportuno establecerlos.

La tutela judicial efectiva no opera con igual intensidad cuando se trata de acceder a la jurisdicción -donde operan las garantías procesales plenamente- que cuando se trata de acceder a los recursos (donde opera con menor rigor). Ello ha permitido relegar el derecho fundamental al recurso en una declaración meramente formal¹¹. No cabe hablar de lesión a dicho derecho ante la inexistencia de recurso.

LEGITIMACIÓN.

La facultad de recurrir, mostrando discrepancia contra la resolución judicial, se atribuye no sólo al condenado, sino a todo aquél que, habiendo resultado incluso absuelto, hubiera visto en entredicho su presunción de inocencia. V.gr., el acusado absuelto por prescripción o indulto cuando se declare probada su participación en los hechos (STS 3.julio.1991, o STC 4/1998, de 26 de febrero).

Cualquier parte puede recurrir, y no únicamente el condenado. Ello no significa que la parte acusadora -pública, particular o popular- tenga derecho a obtener una condena, frente a una sentencia absolutoria en primera instancia. Tendrá derecho a la tutela judicial efectiva, a la revisión de juicios irracionales o ilógicos, pero no a la condena frente al primer pronunciamiento absolutorio.

La privación de recurso contra sentencias absolutorias a partes acusadoras no conlleva sin más la vulneración del derecho a un procedimiento justo. Ello sin perjuicio, naturalmente, de la facultad de reaccionar, pretendiendo la nulidad de resoluciones inmotivadas o ilógicas, con errores judiciales, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde el prisma de la parte acusadora¹², la tutela judicial efectiva *“sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que*

¹¹ Vid. **GARBERÍ LLOBREGAT, J.**, “Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 647, Pamplona 2004: “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha podido proclamar la existencia de nada menos que todo un derecho fundamental a los medios de impugnación (SSTC 112/1987 [RTC 1987, 112] , 125/1997 [RTC 1997, 125] , 168/1998 [RTC 1998, 168] ...). Desgraciada y (creemos que) conscientemente, sin embargo, el TC no ha incardinado el mismo en el interior del genérico derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (pues ello hubiera obligado al legislador ordinario a tener que disponer de manera obligatoria un recurso contra la decisión judicial definitiva en absolutamente todos los procesos), sino en el seno del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con lo que su aportación ha sido valiosa, pero mucho menos de lo esperado, ya que al final aquel innovador derecho ha quedado reducido a algo así como al derecho de configuración legal a utilizar los recursos sólo cuando el legislador haya tenido a bien establecerlos (SSTC 14/1982 [RTC 1982, 14] , 14/1984 [RTC 1984, 14] ...). Doctrina ésta que, además, combinada con aquella otra (iniciada con la [STC 37/1995 \[RTC 1995, 37\]](#) que reconoce que el respeto a las garantías procesales no opera con igual intensidad cuando se trata de acceder a la Jurisdicción (donde opera plenamente) que cuando se trata de acceder a los recursos (donde se dice que opera con menor intensidad, pero la lectura del TC desde entonces enseña que, en verdad, prácticamente no opera), ha dejado reducido casi a la nada aquel novedoso derecho fundamental a los recursos)...

tiene derecho acudir a los jueces y tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos” (STS 994/2007, de 5 de diciembre).

El progresivo establecimiento de manifiestas limitaciones a las posibilidades de éxito de un recurso de casación o de apelación contra la sentencia absolutoria no entraña la vulneración del derecho al recurso.

Como recuerda **NAVARRO MASSIP**¹³, en otros sistemas judiciales, como el estadounidense, se limita como principio la posibilidad de recurrir a un tribunal superior cuando la sentencia ha sido absolutoria. El Estado (el Fiscal) tiene vetado el derecho al recurso frente a una sentencia absolutoria. Se considera que la duplicación de oportunidades a favor de la acusación resulta incompatible con la interdicción de someter al inculpado a un nuevo juicio. Constituye una de las manifestaciones de la prohibición de la denominada “*double jeopardy*”, (“*doble peligro*”), principio proclamado en la 5ª enmienda de la Constitución estadounidense.

La potestad recurrir no es ilimitada ni se configura como un derecho absoluto. Aparece limitado por el resto de los que conforman el proceso. Suele aludirse especialmente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a ser juzgado en un plazo razonable, entendiendo que el derecho a un proceso con todas las garantías no deviene incompatible con la celeridad y eficacia de la justicia. El acortamiento del plazo de duración del proceso no debe obtenerse a costa de limitar infundadamente el recurso procedente, sino desarrollando todos los medios (orgánicos, materiales, disciplinarios...); velando por la resolución dentro del plazo previsto legalmente (habitualmente, breve; sistemáticamente, incumplido). Plazos de resolución y de informes que se incumplen por los operadores públicos de la justicia (jueces, fiscales...).

¹² **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R.**, “*Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional*”. En estudio monográfico “*Recursos en el proceso penal; recursos en la fase de instrucción, recursos contra las sentencias, recursos en el procedimiento del jurado, recurso de casación y de revisión*”. Estudios de Derecho Judicial 150 – 2008, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 84 y ss.

¹³ **NAVARRO MASSIP, J.**, “*El recurso de casación penal contra las sentencias absolutorias*”. Revista Aranzadi Doctrinal 10/2013, BIB 2013/133, Pamplona 2013.

El ejercicio del derecho al recurso, en cualquier instancia, no puede confundirse simplistamente con el propósito de dilatar el curso del procedimiento. No obsta el haber hecho uso de la facultad de recurrir con la posibilidad de estimar vulnerado el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, aduciéndola como circunstancia atenuante. No puede renunciarse al derecho de defensa, aquí vinculado con el legítimo ejercicio de los recursos previstos legalmente, con una malentendida celeridad, que reclamaría el sacrificio de aquél. El plazo conferido al ciudadano para recurrir habitualmente es muy breve (tres ó cinco días en resoluciones instructorias). El incumplimiento de plazos, la demora en resolver, procede habitualmente de los órganos judiciales o del Ministerio Fiscal, ya por sobrecarga de trabajo, ya por otros factores. En todo caso ajenos al justiciable¹⁴.

“La interposición de recursos no conforma más que el derecho constitucional de defensa de todo imputado en una causa criminal” (STS 22.septiembre.2005).

La política de **aceleración del procedimiento penal** no debe descansar en la supresión de recursos. Debe perseguirse, antes al contrario, su resolución dentro de un plazo temporal aceptable.

El sistema de medios de impugnación previsto actualmente por nuestras leyes procesales ofrece mayores garantías para la protección de la propiedad que para la libertad.

El ordenamiento procesal civil consagra el principio de doble instancia y la casación. El procesal penal mantiene como dogma inalterado, al menos en delitos graves, el de la única instancia. Para las faltas y los delitos leves subsiste el recurso de apelación. Para los delitos graves, la inexistencia de apelación, intenta compensarse, previas advertencias en foros internacionales, mediante una interpretación amplia de la casación. Entre otros, del motivo por *“error en la apreciación de la prueba”*. Con ello se han desvirtuado las funciones propias del Tribunal Supremo, en tanto que Tribunal de casación, sobrecargándolo de recursos. La ausencia de apelación se ha traducido en la absorción de fines de ésta, de modo incompleto, en la casación.

Una vez previsto legalmente, no cabe la defensa de interpretaciones restrictivas o en exceso formalistas en orden a su admisión¹⁵.

¹⁴ Vid. al respecto **PRIETO RODRÍGUEZ, J.I.**, *"Dilaciones indebidas y derecho penal"*. Akal/Iure, Madrid, 1997.

¹⁵ *“Cuando el legislador ha previsto la existencia de un recurso jurisdiccional, el acceso al mismo forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, de tal manera que la decisión judicial de inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, y así se aprecie por el juez en aplicación razonada de la norma, que en todo caso debe interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental”*. (STC 180/1987 (Sala Segunda), de 12 noviembre).

Ello en línea con la proclamación genérica del art. 11.3 LOPJ, que la obliga al órgano judicial a resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen, siendo procedente la desestimación por motivos formales únicamente cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare a través del cauce legal.

- Deber del órgano judicial de comunicar los recursos procedentes (art. 248-4 LOPJ).

Ante una indicación errónea del recurso procedente por este órgano, cierta jurisprudencia ha venido sosteniendo resulta acertada la decisión de inadmisión o desestimación, si no se hubiera utilizado el adecuado, o se ha deducido fuera del plazo legalmente previsto. No excusa a la parte el error judicial, una comunicación errónea, a pesar del contenido del antedicho precepto.

Resulta más congruente concluir lesión a la tutela judicial efectiva si se inadmite el recurso articulado erradamente, cuando precisamente se opta por la vía marcada por el órgano judicial. Así lo entiende la STC 30/2009, de 26 de enero, con cita de la STC 241/2006, de 20 de julio: *“La instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la auctoritas que corresponde a quien la hizo constar (STC 26/1991, de 11 de febrero, FJ 1), es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable ‘dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial’ (SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 3), pues ‘si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables ... el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia”*.¹⁶

CONDENAS INTERNACIONALES.

Desde hace aproximadamente dos décadas se viene cuestionando si España cumple o no con las exigencias, plasmadas en textos internacionales, en orden a la posibilidad de revisión de la condena de cualquier ciudadano.

El derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por un Tribunal superior, aparece proclamado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.diciembre.1966, ratificado por instrumento de 27.abril.1977:

¹⁶ En el caso contemplado se efectuó una indicación errónea del recurso procedente en la sentencia de la Sec. 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo de 27 de febrero de 2006, seguida por el demandante de amparo. A consecuencia de ello, la propia sala dicta auto de 24 de mayo de 2006, denegando la preparación del recurso de casación en razón precisamente de su presentación fuera de plazo. Posteriormente, la Sala Segunda resuelve mediante auto de 19 de noviembre del 2006, desestimar la queja planteada. Se otorga amparo al entender producida una lesión del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos.

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

Igualmente, aun estableciendo excepciones, el art. 2 del Protocolo número 7, al Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, ratificado por instrumento de 28 de agosto de 2009, en vigor en España el 1.diciembre.2009:

“1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley”.

Cabe excepcionar tal derecho, según el precepto, ante *“infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, 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”.*

El ámbito de aplicación de ambos preceptos se ciñe al procedimiento penal. No es directamente invocable en otros órdenes jurisdiccionales, en los que el legislador goza de mayor libertad para configurar el sistema de recursos, estableciendo en cada uno de ellos los precedentes y los requisitos que han de cumplir.

El derecho a la revisión del fallo condenatorio únicamente es predicable respecto a sentencias condenatorias (fallo condenatorio). No respecto a otras resoluciones, como, por ejemplo, la decisión de sobreseimiento con truncamiento anticipado del proceso¹⁷.

El titular del derecho es el condenado. No asiste al acusador particular (SSTC 33/89, de 13 de febrero y 29/1993, de 25 de enero).

“En el proceso penal, a diferencia del proceso civil y por efecto de lo dispuesto en este precepto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, comprende el de que el fallo condenatorio y la pena impuesta puedan ser sometidos a un Tribunal superior. Así, el derecho a someter a revisión la declaración de culpabilidad es un específico derecho del condenado y no un derecho de las partes acusadoras en el proceso penal” (Autos TC 80/1983, 353/88, 33/89...).

- El contenido del derecho se reduce a someter a un Tribunal superior el fallo condenatorio y la pena, conforme a lo prescrito por la ley. Se

¹⁷ Si el auto de sobreseimiento resultare arbitrario o infundado, no susceptible de recurso, siempre cabría deducir recurso de amparo por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 24/1983) o instar nulidad de actuaciones -ex arts. 240 y ss. LOPJ-.

entiende cumplido si al recurrente se le permite el acceso a la instancia legalmente establecida, o el ejercicio de los recursos establecidos por la ley.

No se infringe este derecho fundamental en el caso de personas aforadas, enjuiciadas por el Tribunal Supremo, contra cuya sentencia no cabe la interposición de recurso alguno (ATC 353 y 1309/1988; casos de los parlamentarios de Herri Batasuna, o caso Marei. Autos TC 154/1992, 318/1995 y SSTC 120/1999, 41/1998). Así lo entiende igualmente el art. 2 del Protocolo número 7 del CEDH cuando intervenga el Tribunal superior como órgano de primera instancia.

- Habrá que entenderlo vulnerado, no obstante, cuando la ley no prevea ninguno contra el fallo condenatorio dictado en primera instancia o cuando inadmita el recurso de plano, o mediante la invocación de la ausencia de requisitos fácilmente subsanables¹⁸.

No debe confundirse con el derecho a la doble instancia (que no reviste en principio el carácter de derecho fundamental). El primero se agota con la posibilidad de obtener “*la revisión del fallo condenatorio y de la pena*”, de menor alcance que el segundo. Éste se identifica con la posibilidad de obtención de una sentencia de fondo en la segunda instancia, así como el de ser citado y poder comparecer en ella, garantizando la asistencia de abogado (STC 37/1988, de 3 de marzo, que declaró inconstitucional el art. 876.2 LECrim., en su redacción entonces vigente, en cuanto privaba al ciudadano que deseaba recurrir de este derecho, cuando dos abogados de oficio, sucesivamente designados, y el Ministerio Fiscal, lo entendían improcedente, sin darle de nombrar nuevo profesional de su confianza para su formulación antes de la decisión de la Sala Segunda).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha concluido en diversas comunicaciones que **el sistema español de casación penal resulta insuficiente para colmar las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP**. Las objeciones planteadas se han vinculado exclusivamente con la eventual limitación de la revisión efectiva sobre los hechos¹⁹.

En varios dictámenes, carentes del efecto vinculante propio de las sentencias, el Comité concluyó que el recurso de casación penal resulta insuficiente para colmar las exigencias derivadas del art. 14.5º PIDCP., en

¹⁸ GIMENO SENDRA, V., op. cit., págs. 102 y ss.

¹⁹ Vid. al respecto, GARRIDO LORENZO, M.A., op. cit., págs. 6 y ss.; CARMONA RUANO, M. “*El derecho al recurso en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Estudios de Derecho Judicial, 2006; URBANO CASTRILLO, E., op. cit. Págs. 28 y ss.; REDONDO HERMIDA, A., “*El recurso supeditado de casación en la reciente jurisprudencia penal*”, La Ley Penal, núm. 68, Febrero 2010; GIMÉNEZ GARCÍA, J., “*El recurso de casación penal. Origen y Caracteres. La jurisprudencia vinculante, “¿imperium o auctoritas?”*”. En número monográfico “*Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal. Jurisprudencia penal/2011*”. Cuadernos Digitales de Formación 32-2011. Consejo General del Poder Judicial, 2012, págs. 10 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., op. cit., págs. 6 y ss.

su función de garantizar el derecho a la revisión de la condena y la pena. Precisamente por su cognición limitada, con motivos tasados.

El primer dictamen data de 20.julio.2000. Comunicación 701/96 (**GÓMEZ VÁZQUEZ** contra España)²⁰.

Esta primera condena debía haber alertado sobre la necesidad de un cambio legislativo, urgente, o, como mínimo, una aclaración institucional sobre el verdadero alcance del sistema casacional español.

Siguieron varios dictámenes en el mismo sentido:

- El de 19 de septiembre de 2003 (reunión 30-7-2003. Comunicación 1007/2001, caso Joseph Semey contra España).

- Dictamen de 19 de septiembre de 2003 (reunión 7-8-2003. Comunicación 986/2001, caso Manuel Sineiro Fernández contra España).

- Dictamen de 15 de noviembre de 2004 (reunión 1-11-04. Comunicación 1001/2002, caso José María Alba Carriada contra España).

- Dictamen de 25 de mayo de 2005 (reunión 29-3-05. Comunicación 1104/2002, caso Antonio Martínez Fernández contra España).

Ante estos pronunciamientos condenatorios, tanto el Tribunal Constitucional cómo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a falta de la reforma legislativa necesaria, han defendido que el recurso de casación de nuestra Ley Procesal Penal deviene compatible con el derecho a la revisión de la condena y la pena, siempre que se parta de una visión amplia de las posibilidades ofrecidas de sus aparentes estrechos cauces.

En Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 13.septiembre.2000, se reafirmó cómo en la evolución actual de la doctrina jurisprudencial en España, el sistema de casación previsto en las leyes vigentes constituyen un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 PIDCP. Se insiste, no obstante, en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

²⁰ “11. De la información de los documentos presentados por el Estado Parte no se recita la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena impuesta no fueran revisadas íntegramente.”. El Comité concluye que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisados íntegramente”. Considera acreditada “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisados íntegramente, como se desprende la propia sentencia de casación, limitándose dicha revisión a los aspectos formales generales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del art. 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5º del artículo 14 del Pacto”.

“12: El Comité de Derechos Humanos actuando con arreglo al párrafo 4º del art. 5º del Protocolo Facultativo del PIDCP consideran que los hechos examinados revelan una violación del art. 14 del Pacto respecto del Sr. **CESARIO GÓMEZ VÁZQUEZ**”.

“13: De conformidad con el apartado a) del Párrafo 3º del artículo 2 del Pacto el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada, salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5º del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas”.

Éste, en el modo en que ha venido siendo aplicado por la postrera jurisprudencia, singularmente cuando se denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con las exigencias del precitado art. 14.5 (STS 692/2002, de 18 de abril).

El derecho puede entenderse salvado en vía casacional, cuando ante la invocación de vulneración por error de hecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal de casación entra a revisar el material probatorio, como prevé expresamente con la previsión legal ante delitos castigados con pena privativa de libertad no superiores a cinco años de prisión (sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal) o en juicios de faltas.

La expresión “ley” del art. 14.5 PIDCP no debe referirse exclusivamente a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comprende también la interpretación de éstas durante los últimos años, para su adaptación a la Constitución, defendida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional, tras haber recordado (SSTC 42/1982, 76/1982 y 60/1985), que el art. 14.5 PIDCP no puede conllevar *per se* la creación de recursos inexistentes, declara que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con la exigencia de intervención de un Tribunal superior. Destaca la interpretación más favorable que progresivamente ha venido realizando para la efectividad de ese derecho, con una interpretación amplia del ámbito del conocimiento casacional.

Apunta la STC 70/2002, de 3 de abril:

*“El mandato del art. 14.5 PIDCP se ha incorporado en Derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3º; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3º; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2º), “el recurso de casación en materia penal **puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo** (requiere del intérprete el entendimiento más favorable a un recurso de este género de las normas procesales)” (STC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2º), que permita “apurar las posibilidades del recurso de casación” (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2º). Por tanto hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal “cumple en nuestro Ordenamiento el papel de Tribunal Superior que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del PIDCP, y que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y en el sentido más favorable para su eficacia” (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2º).*

*“Conforme a nuestra doctrina existe una **asimilación 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 la segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia...**”.*

“Actualmente, en virtud del art. 852 LECrim., en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción el precepto constitucional. Y a través de la invocación el art. 24.2 CE (tanto en el proceso con todas las garantías

como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia) es posible que el Tribunal Supremo controle tanto 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”.

En igual sentido, entre otras, la Sentencia Tribunal Supremo 242/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 marzo y 2 de diciembre de 2010.²¹

Por ello, a través de un motivo de casación basado en la **infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido.**

Aquéllos pronunciamientos condenatorios tal vez derivaron de la deficiente información transmitida al Comité sobre el recurso de casación penal, al explicitar las limitadas posibilidades de la revisión fáctica reconocidas en la LECrim. (vía art. 849.2 LECrim.), silenciando las más amplias ofrecidas acudiendo singularmente al cauce previsto por los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim. (infracción de precepto constitucional)²².

Tal vez fue una comprensión más profunda de esta última vía la que, en una segunda fase, permitió vislumbrar un cambio de criterio²³ en el Comité. Conociendo las posibilidades que, ciertamente desvirtuando su primigenia naturaleza, ofrece el recurso de casación –a través de la vía de infracción de precepto constitucional- art. 5.4 LOPJ, siguieron a los anteriores dictámenes en sentido inverso.

- Dictamen de 19 de septiembre de 2003 (reunión 7-8-2003, caso Roco Piscioneri contra España).

- Dictamen de 10 de mayo de 2005 (reunión 24-3-2005, caso Antonio Parra Corral contra España).

- Dictamen de 16 de agosto de 2005 (reunión 25-7-2005, caso Luis Bertelli Gálvez y Luis Cuartero Casado contra España).

Y posteriores: Dictamen 21-11-05 (reunión 28-10-2005), caso Carvallo; dictamen 18-4-2006 (reunión 28-3-06), caso Pérez Escobar; dictamen de 23-4-2006 (reunión 27-3-2003), caso Semen Joe Jhonson; dictamen 11-8-2006 (reunión 25-7-2006), caso Oubiña Piñeiro; dictamen 14-8-2006 (reunión 25-7-06), caso García González; dictamen 16-1-07 (reunión 31-10-2006), caso Amador Amador.

²¹ Reza ésta última: “como hemos dicho en SSTs. 14/2010 de 28.1, 1322/2009 de 30.12, 728/2008 de 18.11... nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim., pues como señala la STC 136/2006 de 8 de mayo; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto 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 (por todas STC 60/2008 de 26 de mayo).

²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R., Op. cit., pág. 102.

²³ GARRIDO LORENZO, M.A., Op. cit. págs. 10 y ss.

Cabe hablar de una tercera fase, con nuevas resoluciones condenatorias. Vinculadas no ya con la imposibilidad de la casación en orden a dar cabida al derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, sino con la condena en trance de apelación o de casación, ante sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia. Precisamente por la imposibilidad de revisión del fallo condenatorio y pena (introducidos *ex novo* en la segunda instancia o en la vía casacional) por un Tribunal superior.

- Dictamen 26-8-2005 (reunión 22-7-2005), caso Gomariz Varela contra España. La circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Entiende el Comité se viola el art. 14.5 PIDCP²⁴.

- Dictamen de 13 de noviembre de 2006 (reunión de 31-10-2006), **MARIO CONDE** contra España. Entiende concurre vulneración ante la condena por delitos de los que resultó absuelto en primera instancia, y ante la agravación de la pena en la sentencia de casación.

- Dictamen 15 de noviembre de 2006 (reunión 31-10-2006), caso **GARCÍA SÁNCHEZ y GONZÁLEZ CLARES**. Concluye se vulnera el derecho ante la condena en sentencia de apelación. El art. 14.5 PIDCP “*Reconoce el derecho de la revisión de un fallo condenatorio, ya tenga lugar este en primera o segunda instancia*”.

- Dictamen de 6 de agosto 2007: caso **JACQUES HACHUEL**. Condena porque el Tribunal Constitucional español estimó los hechos en orden a una revisión de cuestiones constitucionales planteadas, sin alcanzar “*el nivel exigido por el art. 14.5 PIDCP*”.

Estas últimas condenas permiten, al menos parcialmente, descubrir las diferencias entre el sistema de recursos del derecho continental y el propio de países anglosajones. Recordemos que el art. 2.2 del Protocolo nº 7 al CEDH declara conforme a un proceso equitativo la no revisión de la sentencia por órgano jurisdiccional superior cuando el ciudadano haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución.

No se trata en estas últimas condenas tanto de la inexistencia del derecho a la doble instancia penal, si no del derecho fundamental a la revisión de la condena y pena.

Condenas que, dictadas en sede de casación dejando sin efecto el anterior pronunciamiento absolutorio por la Audiencia Provincial, han acontecido igualmente en el ámbito de actuación propio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por entender ahora vulnerado el art. 6.1

²⁴ Formula voto particular la miembro del Comité Sra. **RUTH WEDGWOOD**. Analizado por **GARRIDO LORENZO, M. A.**, op. cit., págs. 9 y ss.

CEDH, en su vertiente de derecho a un procedimiento equitativo. Así, STEDH de 22 noviembre 2011 (**LACADENA CALERO** contra España), al condenar a éste en sede de casación frente a la absolución en primera instancia. Se contempla el caso de un notario absuelto en la instancia, condenado en casación, luego de rectificar la Sentencia 1036/2003 de la Sala Segunda la inferencia del tribunal de instancia sobre un elemento subjetivo.

Tras interponer demanda la esposa, ante el fallecimiento del acusado, concluye el TEDH concurre vulneración del art. 6.1. Reitera su doctrina en el sentido de que, en casos en los que el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y especialmente cuando ha de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado “...*el nuevo análisis de la culpabilidad del acusado debería conducir a una nueva audiencia de las partes interesadas*” (Sentencia **EKBATANI** contra Suecia de 26 mayo 1988). Reprocha al Tribunal Supremo que haya alcanzado la inferencia que sustentaba la condena sin escuchar al interesado, “...*quien no tuvo la oportunidad -inexistente en el proceso de casación- de exponer ante el tribunal las razones por las que negaba ser consciente de la ilicitud de su actuación y la voluntad defraudatoria*”.

No es posible la condena sin oír al acusado, más allá de los requisitos ya sentados con anterioridad de inmediación y publicidad, entre otros.

Para ello será precisa su asistencia a vista o comparecencia en trance de decisión del recurso de casación.

Ocurre, sin embargo, esta citación a la vista del acusado, este acto de escucha directa ni está prevista ni es posible, según sostiene el Tribunal Supremo. Criterio plasmado en Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 19.diciembre.2012²⁵.

También, ante esta condena y otras, la Sala Segunda ha acogido últimamente, como no podía ser menos, los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional, trasladándolos al recurso de casación (SSTS 998/2011, de 21 de noviembre. 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre), considerando que no procede la condena ex novo en casación de un acusado absuelto en la instancia cuando la condena requiera entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exige la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído. Esta eventualidad no aparece prevista actualmente en la sustentación procesal del recurso de casación, por lo que habría que habilitar un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

²⁵ La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley.

El régimen actualmente vigente en España en materia de recursos contra sentencias es complejo y de difícil justificación. La causa radica en la desidia político legislativa en pro de la instauración de un auténtico derecho a la doble instancia. Junto con el desorden en las numerosas reformas procesales, introduciendo nuevos procedimientos sin prever su impacto en el sistema procesal vigente.

Dejando a salvo los específicos recursos en materia de responsabilidad penal de menor y en Derecho Penitenciario, coexisten tres regímenes:

-En el procedimiento ordinario por Sumario y en el Procedimiento Abreviado, del que conocen en primera instancias las Audiencias Provinciales (ante delitos castigados con penas privativas de libertad superior a cinco años o cualesquiera otra de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, que excedan de 10 años: ex art. 14.3 y 4 LECrim.), no está prevista la apelación, sino únicamente la casación.

- En el Procedimiento Abreviado competencia de los Juzgados de lo Penal y en el juicio de faltas, cabe únicamente apelación.

- En el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado, cabe apelación contra la sentencia del Magistrado-Presidente ante el Tribunal Superior de Justicia, susceptible a su vez de recurso de casación.

III. RECURSO DE CASACIÓN. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

A) NATURALEZA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Tradicionalmente el recurso de casación se ha identificado con un medio de impugnación extraordinario con motivos tasados que persigue la nulidad de la sentencia (infracción de ley; error *in iudicando*) o del proceso o por vicios de forma de la sentencia (quebrantamiento de forma; error *in procedendo*).

El articulado por infracción de ley persigue además de la nulidad de la sentencia o resolución que hayan agotado los recursos ordinarios, el dictado de una nueva (“*Segunda Sentencia*”). En el recurso por

quebrantamiento de forma se persigue la devolución al Tribunal de procedencia por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, ya durante el proceso, ya al dictar sentencia (reenvío).

De pretenderse la casación, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma, debe resolverse en primer término éste último (art. 901 bis a) LECrim.). Precisamente, por la necesidad de diferir al Tribunal de instancia la repetición de juicio o el dictado de nueva sentencia.

Esta configuración tradicional se ha visto claramente afectada por la introducción, como motivo autónomo, de la infracción de precepto constitucional. Esta nueva posibilidad, la de invocar, con carácter autónomo, la infracción de la Constitución, como fundamento del recurso de casación, *“ha revolucionado la casación penal”*²⁶.

Se trata de un recurso devolutivo para cuya resolución resulta competente la Sala Segunda del Tribunal Supremo -sin perjuicio de las competencias en el ámbito de la Jurisdicción Militar de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo (arts. 22 y 23 de L.O. 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar)-, y no suspensivo (art. 861 bis a) y b)).

Regulado en el Libro V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 847 á 906, aunque originalmente se extendía hasta el art. 953). Los arts. 907 á 909 fueron derogados por Ley de 16 de julio de 1949, y el capítulo IV (*“Del recurso de casación en las causas de muerte”*) (arts. 947 á 953), tácitamente por LO 11/1995, y expresamente por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que entró en vigor el 4.mayo.2010. Esto es, treinta y dos años después de promulgada la Constitución, que proscribió la pena de muerte.

La casación no fue, como apunta **BUENDÍA CÁNOVAS**²⁷, fruto de la Revolución Francesa, sino una consecuencia necesaria del estado liberal y burgués, implantado en gran parte de la Europa Continental a finales de los siglos XVIII y XIX, si bien es cierto que la Revolución Francesa fue su principal abanderado.

*“La casación es una emblemática creación de la Revolución Francesa”*²⁸.

En la prevalencia de la ley sobre la interpretación de los jueces; en el control político del propio órgano judicial, en el máximo respeto al principio de legalidad se encuentra el origen de la casación.

Nace en 1789. Mediante decreto de la Asamblea Constituyente de 27.noviembre.1790, se crea el recurso de casación, previendo la existencia de *“un Tribunal de Casación establecido junto al cuerpo legislativo”*, con

²⁶ URBANO CASTRILLO, E., op. cit., pág. 13.

²⁷ BUENDÍA CÁNOVAS, A., *“Los fines de la casación civil”*. Repertorio de Jurisprudencia 37/200. BIB. 2000/2010. Aranzadi, Pamplona 2000.

²⁸ BACIGALUPO, E., *“Los modelos jurídicos de la casación penal”*. Revista Poder Judicial, número especial XIX. Consejo Poder General Poder Judicial, 2006, págs. 298 y ss.

la misión de casar o anular (“*casser*”) los procedimientos en los que se hayan infringido las solemnidades legales o toda sentencia que conlleve contravención del texto de la ley.

La casación nace para la defensa de la ley, para combatir la infracción legal o por quebrantamiento de forma a la misma (**URBANO CASTRILLO**).

Trae causa la casación en sus orígenes de la expresión de la ley como soberanía de la voluntad popular. Ésta debe aplicarse sin arbitrariedad, y no al capricho del gobernante como acontecía en la monarquía absoluta.

La casación “*como producto del sistema político continental, tiene en España sus antecedentes remotos en la querrela nulitatis del derecho común y próximos, en el modelo que surge la Revolución Francesa con un fin esencialmente político: defender la integridad de la leyes, producto del poder legislativo, contra las desviaciones por incumplimiento en que pudieran incurrir el poder judicial al aplicarlas (...) para mantener a los órganos jurisdiccionales bajo el imperio de la ley, en el entendimiento de que tal sumisión de la justicia a la ley es precisamente el marco constitucional de la separación de poderes que caracteriza el diseño del Estado*”²⁹.

Por ello, la casación no se configura simplemente como recurso procesal, sino como institución política, garantía del propio principio de separación de poderes, con supremacía del legislativo.

Posteriormente, mediante un único órgano (el Tribunal de Casación) se trataba de asegurar la uniformidad de la interpretación judicial, casando las sentencias recurridas que pudieran contradecir dicha interpretación efectuada por el órgano judicial superior. Primó así el carácter nomofiláctico de la casación. El papel de aquel Tribunal es unificar la interpretación de la ley, imponiendo el propio, con carácter vinculante.

En sus orígenes no cabía la discusión a través del recurso de casación, de cuestiones fácticas, quedando limitado el recurso al control de la correcta aplicación de la ley por los órganos de instancia³⁰.

Paulatinamente, la casación evoluciona. No limita el control a la correcta aplicación del *ius constitutionis*, si no que lo extiende igualmente al *ius litigatoris*. Su función es lograr la interpretación uniforme del orden jurídico y decidir justamente ante el ciudadano particular.

Paulatinamente, se va dando entrada a la posibilidad de revisión de los hechos, especialmente ante pruebas documentales que el órgano de

²⁹ **MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C.**, “*El recurso de casación en el futuro sistema general de doble instancia*”. En curso monográfico “*Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*”. Estudios de Derecho Judicial 149-2007, Consejo General Poder Judicial, 2008.

³⁰ **MONTÓN REDONDO, A.** (obra colectiva conjunta con **MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., y BARONA VILAR, S.**) “*Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*”. Tirant Lo Blanch, 9ª edición, 2000.

casación puede examinar en idénticas condiciones a las de los tribunales de instancia.

La evolución de la casación se identifica, en consecuencia, con una esencial función política de velar por el cumplimiento de la ley, para posteriormente asumir la función nomofiláctica, y finalmente resolver el caso concreto, introduciendo la determinación correcta del hecho, concretando prueba y determinación de la pena.

De pronunciamientos generales, estableciendo doctrina legal, evoluciona hacia las demandas de justicia en el caso particularmente examinado.

La casación en España presenta características específicas desde sus orígenes. A diferencia de la francesa y la italiana, no se limita, en caso de estimación del recurso, al reenvío del procedimiento al tribunal de instancia para subsanación de la falta o dictado de nueva sentencia; para que, reponiéndola en el estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho (arts. 901 bis *a*)).

Tal decisión -dejando imprejuizado el fondo del asunto- únicamente se adopta en caso de quebrantamiento de forma. Si se aprecia infracción de ley, tras el juicio rescisorio, el órgano de casación dicta una nueva resolución (la llamada “*segunda sentencia*”, ex. art. 902.1 LECrim”).

No se crea un órgano específico de casación, sino que la tramitación y decisión del recurso, la asume el Tribunal Supremo, órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales.

La creación y posterior evolución de la casación en nuestro país muestran la tendencia a atribuirle otras funciones más allá de la primigenia de interpretación uniforme del derecho, de control de actividad de los jueces.

Cabe destacar, siguiendo a **URBANO CASTRILLO**³¹, los siguientes hitos:

- La doctrina entiende constituye el primer precedente de la casación el recurso de nulidad del art. 261 de la Constitución de Cádiz de 1812, que crea igualmente el supremo Tribunal de Justicia (art. 259).

Otros sostienen que este recurso de nulidad no era tal recurso de casación, dado que esta instituyó el arbitraje legislativo obligatorio³².

Recurso de nulidad limitado al ámbito de jurisdicción civil, con exclusión de las causas criminales.

- El art. 6 del Real Decreto de 4.noviembre.1838 introdujo la casación excluyendo causas criminales.

- Por Ley de 20 de junio de 1852 se implanta la casación en el ámbito penal, reservada a los delitos de contrabando y defraudación.

³¹ Op. cit., págs. 6 y siguientes.

³² **BACIGALUPO, E.**, op. cit., pág. 310.

- Por Ley de 18 de junio de 1870 se instaura, con carácter general, la casación, en los juicios criminales, situación que se consolida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, atribuyéndose por Decreto de 16 de septiembre de 1873 a la Sala Segunda del Tribunal Supremo su conocimiento.

- Por Ley de 28 de junio de 1933 se introduce como motivo el error de hecho en la apreciación de la prueba, siempre que resulte de documentos auténticos, que evidencien la equivocación del juzgador, y no aparezcan desvirtuados por otras pruebas.

- La Ley de 16 de julio de 1949 excluye del juicio de faltas el recurso de casación, limita la recurribilidad a los autos de sobreseimiento libre – cuando se concluya que los hechos no son constitutivos de delito-, y unifica los trámites para la casación tanto por infracción de ley como para quebrantamiento de forma.

- La Ley de 26.mayo.1978 añade como motivo de quebrantamiento de forma el 5º del art. 850 (no suspensión de juicio para los procesados comparecidos) en caso de no haber concurrido algún acusado.

- La Ley de 27 marzo de 1985 elimina, con relación al motivo previsto en el art. 849.2 LECrim, la exigencia de *autenticidad* en el documento esgrimido para denunciar el error *facti*, ensanchando de esta forma la viabilidad del mismo, y consiguientemente de la posibilidad de revisión de la prueba.

- La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 introdujo como motivo autónomo de casación la vulneración de precepto constitucional (art. 5.4).

- Se promulga la Ley de 19 de julio de 1988 con el objetivo principal de poner fin a la acumulación de recursos pendientes ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Extendió las causas de inadmisión, previendo la posibilidad de decisión del recurso sin celebración de vista oral y única, así como la composición de sala por tres magistrados.

- Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, reformando la competencia de distintos órganos judiciales penales, circunscribe el recurso de casación únicamente a las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales.

- Ley 30 de abril de 1992 suprime el requisito de constituir el depósito cuando los recurrentes fueran los condenados o responsables civiles declarados culpables (art. 875 LECrim.).

- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado, y Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, de reforma de la anterior. Introduce la casación contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, resolutorias de la apelación interpuesta contra las dictadas por el magistrado presidente y las dictadas en el ámbito propio de la Audiencia Nacional en el mismo procedimiento.

- Ley 1/2000, de 7 de enero. Su disposición final 12ª introduce el art. 852 LECrim., ratificando la introducción de la infracción de precepto constitucional como nuevo motivo de casación.

- Art. 42 de LO 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Introdujo el recurso de casación por unificación de doctrina, en el ámbito de delincuencia de menores.

Instaura un recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina, contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales³³.

El fin del recurso es lograr *“la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación por las mencionadas salas de menores de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre sí con las de otra u otras Salas de Menores de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente igualmente, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”*.

- Ley 5/2003, de 27 de mayo, que modifica la LOPJ, la Ley General Penitenciaria, y la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

Modifica la Disposición Adicional 5ª de la LO del Poder Judicial.

Concretamente instaura el recurso de casación por infracción de ley, *“contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación”*, así como instaura en su punto 7 el recurso de casación para la unificación de doctrina contra los autos de las Audiencias Provinciales y en su caso de la Audiencia Nacional resolviendo recursos de apelación, no susceptibles de casación de ordinaria. Conoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

- Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Entre otros, modifica el art. 877 LECrim., suprimiendo la referencia a la pena de muerte. Deja sin contenido el Capítulo IV del Título II (*“Del recurso de casación en las causas de muerte”*; arts. 947 á 953).

Modificó igualmente los arts. 845, 859, 860, 861, 864, 866, 868, 870, 873, 876, 878, 880, 881, 888, 893, 894, 895, 901 y 906 de la LECrim.

No cabe separar la introducción del recurso de casación de la creación del Tribunal Supremo. Aun asumiendo paulatinamente funciones, supliendo deficiencias legislativas, como la ausencia de una segunda instancia, la casación sigue asumiendo como principal función la unificadora, la nomofiláctica en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

³³ Las referencias a las salas de los menores de los Tribunales Superiores de Justicia, deben entenderse realizadas a las Audiencias Provinciales (Disposición Adicional 2ª de la Ley 9/2000, de 22 de diciembre).

Recurso de naturaleza extraordinaria, por la tradicional limitación de acceso a la vía casacional de las cuestiones de hecho.

Reza el art. 123 de la Constitución: “*El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”.

Como órgano político jurisdiccional, la principal función del Tribunal Supremo es garantizar la aplicación de la Ley por los jueces y tribunales en nombre del Parlamento, determinar el contenido de las normas legales.

A partir de esta premisa, unos defienden la conveniencia del carácter vinculante de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Otros la niegan en cuando limita la independencia de órganos judiciales inferiores. El art. 602 ACPP proclama su naturaleza vinculante³⁴.

B) RESOLUCIONES CONTRA LAS QUE PROCEDE.

Procede el recurso de casación contra sentencias y autos.

B.1) Sentencias

El artículo 847 LECrim. declara recurribles en casación:

a) Las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia.

En el primer caso, en procedimientos seguidos contra aforados, enjuiciados en primera instancia por la Sala de lo Penal del TSJ.

A nadie escapa que el seguir residenciando la competencia funcional y objetiva para el conocimiento de la casación en estos supuestos contra aforados en la Sala Segunda del Tribunal Supremo no resulta una decisión políticamente indiferente. En estos procedimientos *rationae personae*, por razón de aforamiento, la Sala Segunda del Tribunal Supremo sigue representando la cúspide del poder judicial, más allá de la configuración territorial del Estado en Comunidades Autónomas.

El art. 73.3 LOPJ atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia, como Sala de lo Penal, la competencia objetiva para conocer el conocimiento de causas que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de dichos tribunales (refiriéndose a los más altos cargos de la Comunidad); la instrucción y el fallo de las causas contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, cuando no corresponda directamente al Tribunal Supremo.

³⁴ “*La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tendrá carácter vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal, que interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por la indicada Sala*”.

En estos supuestos, en aras a salvar la imparcialidad del órgano decisor, debe designarse para la instrucción un instructor de entre los miembros de la Sala que no formara parte de la misma para el enjuiciamiento.

Respecto al examen de cuestiones de competencia objetiva, la Sala de Casación únicamente examina de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre falta de competencia objetiva o la inadecuación del procedimiento, fundadas en vulneración del art. 5 LOTJ habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado. (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS, de 29 de enero de 2008).

b) Las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en segunda instancia.

Referencia a la actuación de dichos Tribunales resolviendo el recurso de apelación introducido en el Título I del Libro V de la LECrim., por la Ley del Tribunal Jurado.

No se veda la posibilidad de casación contra sentencias que el Tribunal Superior de Justicia dicte estimando la apelación por quebrantamiento de forma (*“Por quebrantamiento de las formas y garantías procesales que causaron indefensión”* o por haber acordado indebidamente la disolución del Jurado), en cuyo caso procede el reenvío, la devolución de la causa a la Audiencia Provincial para celebración de nuevo juicio (art. 846 LECrim.).

La posibilidad de planteamiento de casación en supuestos en que se estime concurre quebrantamiento de forma en Sentencia dictada por el TSJ. conlleva claras disfunciones; un alargamiento del proceso, contrario al derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas. Vedando al Tribunal Supremo la posibilidad de entrar a resolver sobre el fondo del recurso, limitando su decisión al reenvío del procedimiento nuevamente al TSJ ante el quebrantamiento de forma, con la eventualidad de interposición nuevo recurso de casación, se corre el peligro de tener que resolver hasta siete instancias judiciales (*“efecto ascensor”*³⁵), con clara vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Para evitarlo, el Tribunal Supremo, resuelta la queja relativa al quebrantamiento de forma, puede y debe entrar en el fondo del asunto (infracción de ley o vulneración de precepto constitucional), siempre que las partes hayan alegado motivo/motivos que lo permita.

Defienden esta posibilidad la STS 1618/2000, de 19 de octubre, y el Auto de 29 de marzo de 2001 -que desestima la pretensión de nulidad de la sentencia articulada por el Ministerio Fiscal-, optando por atribuir en tales

³⁵ MARTÍNEZ ARRIETA, A., *“Modificaciones en la jurisprudencia sobre la adhesión al recurso de casación”*. Cuadernos digitales de formación, Consejo General del Poder Judicial, núm. 32, año 2011.

supuestos, la competencia para resolver sobre el fondo al Tribunal Supremo.

Decretada la validez del enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado, se plantea una doble posibilidad. La primera, el reenvío al Tribunal Superior de Justicia para que, decretada en casación la validez del juicio del Tribunal del Jurado, resuelva las impugnaciones planteadas en la apelación. En segundo lugar, resolver el objeto del recurso, lo sometido al conocimiento de la Sala Segunda, esto es, la declaración de la nulidad que fue acordada por la sentencia de la apelación, a su vez recurrida en casación. En el caso contemplado en la STS 1618/2000 se añadió a la pretensión de validez del juicio ante el Tribunal del Jurado el error de derecho al declarar concurrente la circunstancia de parentesco en delito de homicidio imprudente, objeto de apelación supeditada, e introducida en el debate casacional.

Se inclina el Tribunal Supremo por la segunda alternativa, razonando:

“En primer lugar, porque cualquiera de las soluciones que adoptemos ha de procurar la resolución del conflicto que comporta todo enjuiciamiento en un plazo razonable, lo que no se alcanzaría si propiciáramos un reenvío de la decisión al tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional. Sobre todo, porque la técnica del reenvío solo se dispone en nuestro ordenamiento procesal para los supuestos en los que declaramos la existencia de un vicio "in procedendo", un quebrantamiento de forma, y no en los supuestos de los errores "in iudicando" que son resueltos por esta Sala cuando le han sido efectivamente planteados, poniendo fin definitivamente a la cuestión deducida”.

Añade el auto de 28 de marzo de 2001:

“El ejercicio de la función jurisdiccional supone la resolución de un conflicto, público o privado, en un plazo razonable, lo que no se produciría si acordáramos el reenvío para que el Tribunal Superior de Justicia resolviera, en primer lugar, el otro quebrantamiento de forma y, a continuación, las impugnaciones por infracción de ley. De seguir este criterio podríamos encontrarnos en este supuesto con siete pronunciamientos jurisdiccionales para la resolución del conflicto, lo que repugna a una mínima organización jurisdiccional”.

En el ACPP 2013 desaparecen, como motivos de casación, los quebrantamientos de forma hoy contemplados en los arts. 850 y 851 LECrim.

c) Contra las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral en única instancia.

Incluidas las dictadas por la Audiencia Nacional.

d) Las dictadas por las Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional, al resolver recurso de apelación en materia de responsabilidad de menores, introducido por el art. 42 de la Ley 5/2000, de 12 de enero.

Persigue la unidad de doctrina en el ámbito del derecho sancionador de menores, a través de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Siempre que:

- Se refiera a infracciones legales, que hayan sido castigadas con la imposición de alguna de las medidas previstas en el art. 10 de la LRPM (medidas que pueden alcanzar los tres años de duración; medidas de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años).

- El recurso persiga la unificación de doctrina, con ocasión de sentencias dictadas en apelación contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo *“respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”*.

El recurso puede prepararse por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las partes, siempre que persigan la indicada unificación de doctrina.

A tal fin, el escrito de preparación debe contener una relación precisa circunstancial de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia (art. 42 LRPM).

Respecto a las sentencias dictadas de conformidad, en principio no son susceptibles de recurso. La conformidad entraña una suerte de renuncia implícita a replantear su revisión ante el Tribunal superior, cuando la sentencia de instancia incorpore las cuestiones fácticas y jurídicas aceptadas libremente.

Serán recurribles en casación si no se han respetado los requisitos formales y materiales legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad. Si ésta no respeta los términos del acuerdo entre las partes. Cuando, v.gr., la calificación jurídica no sea la correcta, siempre que la modificación en casación beneficie al acusado. Cuando no haya existido la imprescindible anuencia tanto del acusado como de su abogado. Cuando concurra un vicio de consentimiento, que invalide el acuerdo de conformidad o cuando la pena rebase la legalmente procedente.

B.2) Autos.

Cabe recurso de casación contra autos dictados bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias, únicamente por infracción de ley (art. 848).

Entre los autos susceptibles del recurso objeto de estudio cabe mencionar:

- Los definitivos acordando sobreseimiento libre, por entender que el hecho no es constitutivo de delito, y se hallare alguien procesado por éste.

- Los de inhibición dictados por las Audiencias (arts. 25 y 31 LECrim.).

- Contra el resolutorio de la declinatoria del art. 676.3 LECrim.

La mención a la apelación que incorpora este precepto se refiere exclusivamente al ámbito del Tribunal del Jurado. Fuera de este procedimiento, cabe casación ante el Tribunal Supremo vía art. 848 LECrim. (Pleno Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1998).

En relación a la procedencia de casación contra auto decretando la impugnación de la jurisdicción, en acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013, se acuerda: *“Los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión”*.

- Contra los autos que admitan las excepciones de cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto. Esto es, contra los que resuelvan artículos de previo pronunciamiento, según Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 8.mayo.1998 antedicho.

- Contra los que dispongan el conocimiento por presunta falta (art. 625 LECrim.).

- Contra los dictados fijando el límite máximo de cumplimiento de penas (art. 76 CP) (art. 988 LECrim., legitimando exclusivamente al Ministerio Fiscal y al condenado, y únicamente por infracción de ley).

El mismo recurso prevé la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, que prevé casación contra el auto que determine el máximo de cumplimiento o deniegue su fijación.

- Contra los de sobreseimientos dictados en apelación en el procedimiento abreviado siempre que se trate de causa cuya sentencia sea recurrible en casación (STS 417/2006).

Según doctrina fijada en acuerdos del Pleno de la Sala Segunda de 9 de febrero de 2005³⁶.

Debe existir contradicción entre el auto del Juzgado de Instrucción -que ordena la continuación del proceso- y el dictado por la Audiencia (que acuerda el sobreseimiento) (STS 417/2006 y Auto TS 867/2008, de 10 de julio).

- Contra los recaídos en materia de abono de prisión preventiva.

Lo recuerda la STS de 7 de enero de 2014³⁷.

³⁶ *“Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1) Se trata de un auto de sobreseimiento libre; 2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; 3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación”*.

- Contra autos que definitivamente declaren la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer hechos ocurridos en el extranjero (SsTS 327/2003, de 25 de febrero; 702/2013, de 20 de mayo y 319/2004, de 8 de marzo).

- Contra los autos de revisión de sentencias dictados ex art. 2.2 CP, materializando la retroactividad de la ley posterior más favorable, o de aclaración o rectificación de sentencia. Ello porque se integran en la sentencia anterior, modificando sus pronunciamientos, quedando sujetos al mismo recurso que el que procede contra la sentencia.

- Autos dictados en materia penitenciaria.

Posibilidad introducida por L.O. 5/2003, de 27 de mayo, que dio nueva redacción a la Disposición Adicional Quinta.8 de la LOPJ, que reza:

“Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven”.

Los pronunciamientos que al resolver estos recursos efectúe el Tribunal Supremo para unificación de doctrina no afectarán a las situaciones jurídicas creadas por sentencias precedentes a las impugnadas.

Prima aquí el objetivo de unificación de doctrina en la aplicación de la ley, el genuino del recurso.

La casación en materia penitenciaria reclama los siguientes requisitos, que sintetizó el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 22 de julio de 2004:

“a) La identidad del supuesto legal de hecho.

b) La identidad de la norma jurídica aplicada.

c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma, y

³⁷ *“La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido la vigencia, al menos en sus aspectos procesales, de la Ley de 17 de enero 1901, sobre abono de la prisión preventiva, **pronunciándose a favor de la admisión del recurso de casación**, cuando se trata de resoluciones dictadas en ejecutorias, de la que estuviera conociendo la Audiencia Provincial, ya que se trata de autos de carácter definitivo. En esta línea, la STS 1449/1998, 27 de noviembre, apuntaba que conforme a lo dispuesto en el art. 848 de la LECrim, contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias solamente cabe el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, cuando ésta lo autorice de modo expreso. Si bien es cierto que en la LECrim no se autoriza expresamente que contra este tipo de autos dictados en ejecución de sentencia resolviendo sobre el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa pueda interponerse recurso de casación, también lo es que la referencia a la "ley" no se limita necesariamente a la ley de enjuiciamiento y en el caso actual el art. 4.º de la Ley de 17 enero 1901 ("las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"), autoriza la formulación del recurso, debiendo considerarse vigente dicha norma en lo que se refiere al ámbito procesal, habida cuenta de que el párrafo 6º del art. 849 mencionado en esa disposición equivale al actual párrafo 1º del mismo precepto, esto es, el error iuris como primero de los motivos de casación por infracción de ley”.*

d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.”.

El mismo Pleno recuerda cómo la casación para la unificación de doctrina penitenciaria no constituye una tercera instancia. Debe partir del respeto a los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal “*a quo*”. Añadiendo: “*No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita*”³⁸.

GIMÉNEZ GARCÍA destaca la oportunidad de este recurso que permite el control casacional por la Sala Segunda. El Tribunal Supremo fijará de esta forma la interpretación correcta de la Ley en casos de resoluciones discrepantes entre las distintas Audiencias Provinciales, o secciones penales en la misma Audiencia. Hasta entonces no existía acceso a la casación en esta materia. Defiende la conveniencia de que la legitimación para el recurso corresponda en exclusiva al Ministerio Fiscal.

No son, en cambio, susceptibles de recurso:

- Los autos dictados por las Audiencias en ejecución de sentencia, no incluíbles en el art. 848 LECrim. (los que aprueben liquidación de condena; de aprobación o revocación de licenciamiento definitivo; los dictados por el Juez de Vigilancia disponiendo la progresión de grado de tratamiento...).

- Los de recusación. El art. 69 LECrim. debe entenderse derogado tácitamente por el art. 228 LOPJ. La oposición a la resolución sobre la recusación debe canalizarse, en su caso, en el recurso de casación que pudiera formalizarse contra la sentencia que decida finalmente la causa.

- Los dictados por los Tribunales Superiores de Justicia al resolver recursos de apelación derivados de los arts. 36 LOPJ y 676 LECrim. No aparece prevista legalmente la posibilidad de recurso.

C) LEGITIMACIÓN.

El art. 854 LECrim. concreta los legitimados para deducir recurso de casación.

Puede interponerlo, en todo caso, el Ministerio Fiscal, los que hayan sido parte en el procedimiento, los que sin haberlo sido resulten

³⁸ **GIMÉNEZ GARCÍA, J.**, “*El recurso de casación penal. Origen y caracteres. La jurisprudencia vinculante, ¿imperium o auctoritas?*”. Incluido en el monográfico “*Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal. Jurisprudencia penal/2011*”. Cuadernos Digitales de Formación. Núm. 32-2011, Consejo General Poder Judicial, año 2012.

condenados en sentencia, así como los herederos de unos y otros. Los actores civiles podrán interponer recurso en lo que afecte a las pretensiones inherentes a su posición (responsabilidad civil).

El acusado absuelto está legitimado para interponer recurso (STS 21 de diciembre de 2010; 938/1988, de 8 de julio; y 1407/2001, de 18 de julio). V. gr., cuando, declarada la prescripción de los hechos, tiene interés en la alteración del *factum*.

Avala tal doctrina la STC (Sala Segunda) 16/2011, de 28 de febrero: “*ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional permiten suscribir*” la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria, afirmada por el demandante. A través de varias vías: en primer término, recurriendo la sentencia absolutoria, con invocación de los motivos de casación previstos legalmente. “*El artículo 854 LECrim. no establece expresamente la imposibilidad de recurrir una sentencia absolutoria*”. En segundo lugar, a través del escrito de impugnación. En tercer lugar, en trámite de adhesión al recurso de casación presentado por la parte acusadora (de acorde con la doctrina sentada en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 27 de abril de 2005).

El art. 559 ACPP reclama, para ejercitar el derecho a recurrir, que las resoluciones afecten desfavorablemente a las partes (art. 559 LECrim.). Respecto al Ministerio Fiscal, “*gozará en todo caso de legitimación para recurrir en beneficio del encausado*”.

D) MOTIVOS DE CASACIÓN.

A los tradicionales motivos de casación, tasados, previstos en la Ley Procesal (art. 847 LECrim.), por quebrantamiento de forma y por infracción de ley, se ha añadido una tercera vía de extensos contornos: por infracción de precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim. -en su redacción dada por Disp. Final 12.6 Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000-).

Esta tercera vía conlleva una alteración de la concesión y alcance del recurso de casación. Permite no solo colmar la ausencia de segunda instancia en procedimientos por delitos graves, sino también dar cumplimiento a la exigencia de revisión del fallo condenatorio y la pena. La extensión de esta tercera vía únicamente viene dada por la propia Norma Suprema y de los derechos que incorpora.

La infracción de preceptos constitucionales se solapa frecuentemente con los clásicos motivos por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.

D.1) Por infracción de ley

Cabe distinguir entre error de derecho y error de hecho (art. 849 LECrim.).

Se contemplan defectos en el momento de dictar sentencia, que afectan al razonamiento fáctico y/o jurídico (error *in iudicando*).

1- Error de derecho (art. 849.1º LECrim.)

El motivo se articula partiendo de la aceptación plena del *factum*.

El relato de hechos probados, singularmente en caso de condena, debe construirse de forma clara, firme, completa. V. gr., si se condena por falsificación de documento privado del art. 395 CP, debe incluirse, como elemento típico, la finalidad de causar un perjuicio a un tercero.

Aunque tradicionalmente se ha admitido la posibilidad de integrar el relato de hechos, acudiendo a los Fundamentos Jurídicos, no es correcto tal proceder. No es acorde con la estructura propia de la sentencia (hechos/fundamentos de derecho). El acusado debe conocer claramente los extremos que se declaran probados, sin suposiciones ni elucubraciones.

Se reclama una declaración expresa y terminante de los hechos probados (art. 142-2ª LECrim.).

Parte de la jurisprudencia niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del resultado de hechos. Postura mantenida en las SSTS. 788/98 de 9 de junio y 769/2003 de 31 de mayo: la técnica de complementación del hecho, permitiendo acudir a la fundamentación jurídica, produce indefensión y es contraria a la legalidad, al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva, se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que el 28 de marzo de 2006 adoptó el siguiente acuerdo: “*los elementos del tipo objetivo del delito incluidos los relativos a las circunstancias modificativas deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados de la sentencia, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica*”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2008 establece: “*Se plantea por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso la posibilidad de complementar los hechos probados con las afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica. La cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permite valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia. Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y por último, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la*

resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación”.

Resume las tres posturas defendidas:

A) La tradicional. Entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (SSTS. de 1 de julio de 1992, 24 de diciembre de 1994, 21 de diciembre de 1995, 15 de febrero de 1996, 12 de diciembre de 1996, 987/98 de 20 de julio, 1453/98 de 17 de noviembre, 1899/2002 de 15 de noviembre, 990/2004 de 15 de abril) con la consecuencia de que la impugnación de tales declaraciones como error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim, bien por la del art. 24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ .

B) En segundo lugar, la que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se ubique fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Posición defendida en las Ss.TS 788/98 de 9 de junio, y 769/2003 de 31 de mayo, que consideran que la técnica de complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad, por las razones antes expuestas.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos, -fácticos y jurídicos-, que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado. Mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

C) Y en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en SSTS 945/2004 de 23 de julio, 1369/2003 de 23 de julio, 302/2003 de 27 de febrero, 209/2003 de 12 de febrero, 1905/2002 de 19 de noviembre, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho

a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS 22 de octubre de 2003), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que una sentencia incorpore sus hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos no resulta posible saber cuales son los hechos completos que, en definitiva, ha estimado el tribunal quedaban probados, lo que impide consiguientemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS 23 de julio de 2004).

- Cuando el relato de hechos incorpora un juicio de valor (v. gr., el ánimo de tráfico o propósito de transmitir a terceros la sustancia en sede de delito de tráfico de drogas,) puede revisarse este juicio a través de esta vía casacional, sin necesidad de canalizar la pretensión por la que ofrece el artículo 849-2º LECrim.

El motivo se contrae a la aplicación de la norma jurídica, partiendo de unos hechos predeterminados, fijados por el Tribunal de Instancia, salvo que se denuncie simultáneamente, el error de hecho.

Se valora la corrección en la aplicación de la norma penal sustantiva.

Junto a la norma penal sustantiva puede aducirse igualmente la vulneración de un precepto extrapenal al que se remita la norma penal (leyes penales en blanco). En sede casacional puede y debe aplicarse retroactivamente la norma de complemento más favorable al acusado. STS Sala de lo Penal de 9 de abril de 1990 (contrabando, aplicando retroactivamente las normas de integración de nuestro país en el ámbito europeo, con libre circulación de mercancías, en caso de acusación por contrabando).

2- Error de hecho (Art. 849.2º LECrim.)

Parte de la arbitrariedad del Tribunal al valorar la prueba. Cabe la incongruencia omisiva fáctica, con posibilidad, en caso de estimación, de integrar el *factum*.

El motivo se construye de forma rigurosa. Reclama se acredite el error en la apreciación de la prueba, con base exclusivamente en documentos que obren en autos -aunque se haya suprimido la exigencia de autenticidad-, que demuestren *per se*, la equivocación del juzgador, y siempre que no resulten contradichos por otros elementos probatorios.

No son documentos a efectos casacionales los existentes con carácter previo al proceso, no integrados en éste, ni la documentación de pruebas presenciales.

El documento debe ser por sí mismo demostrativo del error en el que ha incurrido, al valorar las pruebas, el Tribunal sentenciador. Éste debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento esgrimido, sin necesidad de acudir a otras pruebas, ni a razonamientos, elucubraciones o hipótesis. Precisamente por el carácter literosuficiente o autosuficiente del documento (STS 28 de mayo de 1999).

Se niega el carácter de documento a estos efectos a los que documentan actos personales. También, en principio, a la prueba pericial. Estos informes -reza la STS 642/2003, de 8 de mayo-, “*no vinculan en absoluto al juez porque se trata de un medio personal, y no son en sí mismo manifestación de un verdad incontrovertible*”. Ahora bien, como admite la misma sentencia, “*excepcionalmente la prueba pericial puede revestir un significado análogo al de documento casacional cuando habiéndose practicado un solo peritaje o varios coincidentes, sin otras pruebas contradictorias, se hubieran incorporado al relato fáctico de nuevo fragmentario incompleto o mutilado*” o la sentencia alcanza conclusiones distintas, cuando sean precisos conocimientos técnicos especiales. Esto es, cuando resulte ilógico apartarse de tales conclusiones, salvo por razones justificadas que los jueces deben explicar, desplazando así la arbitrariedad.

La estimación del motivo, que permite modificar, suprimir o adicionar elementos al *factum* reclama, en síntesis, que “*el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión -que debe designarse-, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento*” (STS 42/2014, de 5 de febrero, con cita de la STS 28 de mayo de 1999).

Además, resulta preciso que “*el dato contradictorio así acreditado resulte importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo*” (Ss.TS 21 de noviembre de 1996 , 11 de noviembre de 1997...).

De cierta línea jurisprudencial cabe colegir la suavización de los requisitos y estrechos cauces de esta vía casacional, precisamente en un intento de subsanar la ausencia de una auténtica facultad revisora, de una segunda instancia:

STS 648/2004, de 21 de mayo:

“Esta vía actualmente aparece ampliada en una doble dirección: a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la **presunción de inocencia**. b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim, a la **pericial**, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos”.

No obstante, como se desprende de la última sentencia citada, 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 (SSTC 70/2002 de 3 de abril y 116/2006 de 29 de abril), tiene hoy más adecuado encaje en el alegato de vulneración de la presunción de inocencia.

Precisamente, porque tras cierto vacilar jurisprudencial, vuelve a imponerse la rigurosidad de los requisitos para que prospere esta vía casacional.

Vía que, en sede casacional, tradicionalmente era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en instancia, como supuesto específico de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia pueden articularse los motivos 1º y 2º (infracción de precepto legal sustantivo u otra norma sustantiva y error en la apreciación de la prueba) (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda TS de 22 de julio de 2008).

D.2) Por quebrantamiento de forma.

(*Error in procedendo*. Arts. 850 y 851 Ley Enjuiciamiento Criminal).

La inobservancia de preceptos o garantías procesales que conlleven auténtica indefensión resultan incompatibles con la existencia de un proceso equitativo, de un juicio justo, condición indispensable para la condena (arts. 6 CEDH y 14.1 PIDCP).

A nivel constitucional, implicaría la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo que alguno de los motivos de quebrantamiento de forma podrán esgrimirse acudiendo a la vía casacional del art. 852 LECrim.

No toda irregularidad formal acarrea como consecuencia la casación de la sentencia. Entre otras razones, a tenor de la solución prevista legalmente, la resolución del quebrantamiento de forma se traduciría en el reenvío del procedimiento al Tribunal para que, subsanando la falta cometida, repita el juicio o dicte la sentencia (art. 901 *bis a*) LECrim), proscribiendo al Tribunal Supremo entrar en el fondo del asunto -lo que no

acontece cuando estima concurre infracción de ley, en que procede dictar nueva sentencia conforme a derecho (art. 902 LECrim)-. El reenvío y la posibilidad de articular nuevo recurso de casación contra la sentencia que dicte el Tribunal *a quibus*, conduce a una vulneración del derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, que asiste a todas las partes. Con especial perjuicio, en caso de condena, habida cuenta de la negativa incidencia que el alejamiento de la pena del hecho causa al sujeto. Hasta el punto de que puede hacerla innecesaria o, incluso, contraproducente atendidos los fines que han de orientar su cumplimiento y aplicación (art. 25 CE).

A fin de evitar tales consecuencias, el Tribunal Supremo defiende la posibilidad, aun concurriendo quebrantamiento de forma, de resolver definitivamente la cuestión, cuando por otras razones (infracción de ley o vulneración de precepto constitucional) proceda la absolución del acusado.

En otras ocasiones, con el mismo fin, extrema los requisitos que conducen a la estimación del motivo. V. gr., en caso de inadmisión de diligencias de prueba o de preguntas formuladas a los testigos. La estimación del motivo reclama una verdadera influencia en el resultado del procedimiento, atendiendo, entre otros criterios, al reto de diligencias de prueba practicadas.

Cabe distinguir entre:

1.- Inobservancia de formalidades procesales (art. 850 LECrim) o vicios “*in procedendo*”.

Relacionadas singularmente con el derecho a practicar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), y a los actos de citación y comparencia de las partes al acto de juicio.

Se prevén como motivos de quebrantamiento de forma:

- La denegación de alguna diligencia de prueba, siempre que se ha propuesto en tiempo y forma y se considere pertinente (art. 850.1 LECrim).

- Cuando el presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, a la preguntas o preguntas que se le dirijan, siempre pertinentes y de manifiesta influencia en la causa (art. 850.3 LECrim).

- Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio.

En estos tres supuestos debe constar en acta la protesta, y la pregunta literal. No siempre será preciso cuando la diligencia de prueba inadmitida devenga claramente pertinente o la importancia de la pregunta mane de su propia naturaleza.

Recordando el peligro de insuficiencias al acudir a la técnica enumerativa, **URBANO CASTRILLO**³⁹, estima aconsejable sustituir el excesivo detalle de que hace gala el precepto por una fórmula genérica

³⁹ Op. Cit., pág. 17.

(“Incumplimientos formales que causan indefensión, al ser susceptibles de modificar el resultado del proceso en perjuicio del acusado”).

Estos tres motivos y, al menos en parte, el 5º del art. 850 (al no ser posible el interrogatorio del coacusado) cohonestan con el derecho a la prueba, que no es absoluto, debiendo contemplarse no mediante valoración individualizada, sino en conjunto con el resto de principios y derechos que conforman el derecho a un proceso equitativo.

El derecho al empleo de medios de prueba pertinentes se incluye en el derecho a un proceso equitativo, o en nuestro Ordenamiento, a un proceso con todas las garantías.

La alegación de las vulneraciones descritas es posible tanto por la vía del art. 850, como a través del art. 852 LECrim.

El acudir a la segunda no permite prescindir de las exigencias que prevé la Ley Procesal ordinaria. V. gr., cabe exigir la proposición de la prueba en tiempo y forma.

Al contemplar el motivo primero del art. 850, reza la STS 1395/2014, de 9 abril:

“Consiguientemente es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba pertinentes, de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (arts. 659 y 785.1 LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el art. 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admiten y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino que aquellos, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en este momento las previamente admitidas, quien ha propuesta la prueba debe hacer constar la oportuna propuesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los arts. 785.1 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actualmente vigente (...) cuando se trate de procedimiento abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, pueda valorar la transcendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual transcendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS 1591/2001, de 10 de diciembre y STS 976/2002, de

24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.”.

En vía de recurso de casación, prosigue la sentencia, debe examinarse el carácter necesario y relevante de la prueba, valorando no sólo las particularidades y finalidades de las propuestas, sino también el resto de las practicadas, así como la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica denegó. *“Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada”.*

En definitiva, deben ponderarse los intereses en conflicto y no sólo la pertinencia.

Como recuerda **BERDUGO**⁴⁰, la falta de protesta impide la estimación del recurso. Debe materializarse en el plazo de cinco días desde que se notifique el auto inadmitiendo el concreto medio probatorio (STS 760/2001, de 7 de mayo). Su finalidad radica en el replanteamiento de la decisión denegatoria, reclamando del Tribunal reconsidere la proporcionalidad de su rechazo, en función de los intereses en conflicto.

La pertinencia de la prueba formará parte del juicio sobre la relevancia probatoria, *“en particular su función exclusión consistente en la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes”*⁴¹. Sin embargo, no basta la pertinencia, sino que es preciso un doble filtro (*“función e inclusión”*) esto es, la oportunidad de admitir en el proceso todas las pruebas relevantes”. No hay duda de los límites a la actividad indagatoria, singularmente, de admisión de medios de prueba vinculados con el derecho a la intimidad de terceros (pruebas psicológicas o valoración de capacidad mental de testigos o víctimas; condiciones socio-personales del perjuicio,...).

- La omisión de la citación de las partes (art. 850.2 LECrim).

Opera con distinta intensidad en caso de que se trate de citación de partes necesarias o contingentes.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han destacado la importancia de los actos de comunicación del órgano judicial para con las partes, primordialmente cuando tienen por objeto su citación para asistencia a juicio.

La omisión de tal acto, o su práctica de forma defectuosa, constituye un grave quebrantamiento de forma, causante de indefensión.

⁴⁰ Op. Cit., pág. 8.

⁴¹ **HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier**: Obra Colectiva *“113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”*, pág. 196.

Es subsanable cuando las partes comparezcan al acto, dándose por citadas.

Introducida en nuestro derecho la posibilidad de celebración de juicio sin la presencia del acusado, el art. 876.1.2 LECr. permite la celebración de juicio ante su ausencia injustificada, siempre que hubiere sido citado personalmente o en el domicilio o a través de la persona que designó en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción (art. 775 LECrim), siempre que:

- Medie solicitud del Ministerio Fiscal por la parte acusadora.
- Sea oída la defensa.
- Estime el Juez o Tribunal concurren elementos suficientes para el enjuiciamiento.

- La pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad, o de seis años, si fuera de naturaleza distinta.

- Cuando el Tribunal no suspenda el acto de juicio para los procesados comparecidos, en caso de no haber concurrido algún acusado, cuando concurra causa fundada que impida sean juzgados con independencia y no preceda previa declaración de rebeldía (art. 850.5º).

Hay que relacionar este motivo con el art. 746 LECrim., penúltimo párrafo, que faculta al Tribunal no suspender el juicio por enfermedad o incomparecencia de algún procesado, citado personalmente, si estima, previa audiencia de las partes, existen elementos suficientes para juzgarles con independencia. Debe razonar en el acto de juicio las razones de la decisión.

El que pretenda articular casación por este motivo, debe hacer constar la preceptiva protesta (art. 855.3 LECrim.).

En el mismo sentido, en el ámbito de procedimiento abreviado, el art. 856 LECrim. parte de la norma en general: la celebración de juicio reclama preceptivamente la asistencia del acusado. Si hubiere varios “*y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciable por el juez o Tribunal, podrá acordar éste, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes*”.

2.- Vicios en sentencia (“in iudicando”) (art. 851 LECrim).

El art. 851 LECrim. recoge seis motivos de quebrantamiento de forma en los que puede incurrirse al dictarse sentencia.

Deviene inadmisibles una sentencia falta de claridad, contradictoria, o con predeterminación del fallo. Una sentencia con ausencia de hechos probados o incongruente o que vulnere el principio acusatorio. Dictada por menor número de magistrados que el corresponda. O dictada vulnerando el derecho a un juez imparcial.

1º.- Cuando en la sentencia falte una declaración clara de los hechos probados, resulte contradicción entre ellos o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico, predeterminen el fallo.

El art. 142 LECrim., dispone “*Las sentencias se redactarán con arreglo a las reglas siguientes: (...) 2ª Se consignarán en Resultados numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados*”.⁴²

Se sanciona la inobservancia de tal deber.

Agrupar el art. 851.1º de la vigente Ley Procesal tres motivos:

* La falta de claridad en los hechos declarados probados.

Debe incorporar una declaración terminante. No caben dudas o suposiciones.

Al relato de hechos conducirá la práctica de la prueba, exigiéndose la adecuada motivación.

La declaración de hechos probados debe permitir su comprensión no sólo por el justiciable al que afecten directamente, sino también al tribunal que conozca de la sentencia vía recurso y por la sociedad en su conjunto.

No cabe una adecuada subsunción de la conducta, elaborada dubitativamente, en una norma sustantiva.

Apunta la STS 42/2014, de 5 de febrero (RJA 2014/43137):
“*Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relato de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9 y 559/2002, de 27-3)*”.

La viabilidad del motivo reclama:

a) Que del relato fáctico mane la existencia de imprecisión, bien por el empleo de términos o frases inteligibles, bien por omisiones que lo hagan incomprensible, o por el empleo de juicios dubitativos, por la falta absoluta

⁴² Es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita su comprensión no sólo por el justiciable al que afecta directamente, sino también por el Tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, por la sociedad en su conjunto, en cuanto pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los Tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia habrán relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

de *factum*, o por la mera descripción de la resultante probatoria sin expresión de lo que considera probado.

b) La incompreensión o ambigüedad debe relacionarse causalmente con la calificación jurídica de la sentencia. Los defectos apuntados del *factum* impiden una correcta subsunción.

c) La falta de claridad conduce a una laguna o vacía en la declaración del hecho histórico.

d) Las imprecisiones relativas a fechas o intervención de personas no siempre dará lugar a la estimación del motivo, pues el hecho probado debe recoger aquellos efectivamente acreditados.

Las meras omisiones de datos fácticos no equivalen a falta de claridad. “*La contradicción es un vicio puramente interno (del relato de hechos) que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incompreensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incompreensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 28.12.2005)*”.

El cauce adecuado para subsanar la incongruencia omisiva fáctica es el ofrecido por el motivo 2º del art. 849 LECrim.

- La **contradicción** en los hechos se produce (STS 12.feb.1996) cuando existen afirmaciones dentro de los hechos probados, que por ser antitéticas, resultan absolutamente incompatibles entre sí, por lo que se destruyen recíprocamente.

A) Predeterminación del fallo

Implica la confusión entre el hecho y el razonamiento jurídico. Debe tratarse de expresiones técnico-jurídicas que definan la esencia del delito objeto de condena. Expresiones únicamente asequibles a los juristas, no propias del lenguaje común. Han de tener valor causal respecto del fallo. Suprimidos dejarían el *factum* sin base alguna (SSTS de 9 octubre de 2002, de 2 de abril de 2004).

B) Ausencia de hechos probados (art. 851.2 LECrim).

No basta reproducir los de las acusaciones, añadiendo la conclusión de que “*no han resultado probados*”. La sentencia debe incorporar una declaración de los que el Tribunal estime probados, en sentido positivo, sin perjuicio de que niegue la probanza de otros.

Lo propio es construir el relato fáctico enlazando con las cuestiones relacionadas bien con el pronunciamiento condenatorio bien con la libre absolución. Lo proscrito es una carencia absoluta de declaración de todo hecho, o cuando la sentencia se limite a declarar genéricamente no están

probados los que eran objeto de acusación, salvo, lógicamente, que no pueda declararse acreditado un solo hecho.

En cuanto a la cuestión de integración de los hechos probados, acudiendo a los fundamentos jurídicos, hemos analizado ut supra la cuestión. El acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 28 marzo de 2006 recuerda cómo *“los elementos del tipo objetivo del delito incluidos los relativos a las circunstancias modificativas deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados de la sentencia, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica”*.

C) Incongruencia omisiva (art. 851.3 LECrim).

La incongruencia omisiva o fallo corto implican una falta o ausencia de respuesta del juez o tribunal a las cuestiones de derecho planteadas por las partes. No comprende las cuestiones fácticas.

Se incumple el deber judicial de congruencia, que impone, entre otros, el art. 742: deben resolverse todas las cuestiones objeto de juicio, condenando o absolviendo, así como todas las referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto de juicio.

No tienen cabida en este proceso las omisiones fácticas, que deberán, en su caso, integrarse, vía art. 849.2º.

“Este vacío denominado incongruencia omisiva o también “fallo corto” aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000, de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000, de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004, de 14.5) y desde luego (...) tampoco prosperará el motivo del recurso que se base en omisiones fácticas, pues el defecto

procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

En cuanto a la expresión “*puntos*”, el Tribunal Constitucional, al abordar el tema de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, alude a “*pretensiones*”, en tanto que la Sala Segunda del Tribunal Supremo prefiere hablar de “*cuestiones jurídicas*” (STS 42/2014, de 5 de febrero).

Esta última sentencia resume los presupuestos para la viabilidad del motivo:

1) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita (STC. 263/93).

3) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En síntesis, la incongruencia omisiva implica una falta de respuesta a las pretensiones jurídicas deducidas en tiempo y forma por las partes (STS 17.enero.1992). El Tribunal no decide sobre lo postulado en tiempo y forma dentro del proceso.

D) Vulneración del principio acusatorio (art. 851.4 LECrim.).

Únicamente contempla el precepto un aspecto de dicho principio: cuando “*se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de*

acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733”.

No agota el principio acusatorio su incidencia en el proceso penal en la proscripción de imposición de pena más grave o condena por delito distinto o no homogéneo pretendidos por las acusaciones.

El principio aparece parcialmente consagrado en el art. 24.2 CE, cuando proclama como derecho fundamental el de “*ser informados de la acusación formulada*”. Hace derivar otras consecuencias más allá del derecho a recibir información sobre hechos, calificación jurídica y pena. Como apunta **MUÑOZ CUESTA**⁴³ no puede pasarse por alto la relación del principio con otros derechos fundamentales (de defensa; a un juez imparcial con separación de las funciones en el proceso de la acusación y del órgano judicial).

El principio acusatorio tiene adecuada cabida en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el derecho a ser informado de la acusación y, una vez conocida, en el derecho a poder defenderse frente a la misma.

El art. 851.4 LECrim. contempla, por consiguiente, un supuesto de vulneración de tal principio, y no todos. La inobservancia del resto de presupuestos inherentes al repetido principio pueden combatirse a través de la vía casacional por infracción de precepto constitucional.

Resulta preciso abordar, entre otras, las siguientes cuestiones, brillantemente analizadas por **BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE**⁴⁴:

i) La delimitación de la acusación opera en sede de conclusiones definitivas.

Es a este momento al que ha de referirse el conocimiento de los hechos para que el acusado pueda ejercitar una adecuada defensa.

El verdadero instrumento procesal de la acusación viene dado por el escrito de conclusiones definitivas. La sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. (STS 203/2006, de 28 de febrero).

Una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede lesionar el derecho de defensa. Sin duda, cuando el acusado haya ejercido las facultades que le confiere la ley procesal, solicitando la suspensión de la vista para estudio de los nuevos datos y/o proponer nuevas pruebas, y le haya sido denegada (STC 13.2.2003).

ii) Alcance del principio.

⁴³ **MUÑOZ CUESTA, F. J.**: “*El principio acusatorio en casación: prohibición de imponer una pena superior a la solicitada por la acusación*”. Arazandi, BIB 2014\1107.

⁴⁴ Op. cit., págs 25 y ss. Vid. Igualmente **TODOLÍ GÓMEZ, A.**: “*Aspectos procesales por la falta de correlación de la sentencia con la acusación: comentarios a varias sentencias del Tribunal Supremo*”. Noticias Jurídicas, enero 2012.

No puede el Tribunal fundar la sentencia en hechos distintos de los introducidos por las acusaciones ni alterar el *factum* defendido por éstas sustancialmente. Únicamente son admisibles modificaciones de detalle o aspectos secundarios.

La estimación de una circunstancia agravante reclama un soporte fáctico cuya prueba corre a cargo de la acusación. No puede suplir tal carga el Tribunal.

El derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella, íntimamente vinculado a un ejercicio efectivo del derecho de defensa, abarca el elemento fáctico.

En síntesis, el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento. Su alcance queda limitado a la pretensión punitiva concretada en los escritos de calificación definitiva. La contradicción del debate alcanza a los hechos, su calificación jurídica y sus concretas consecuencias penológicas, frente a las que el acusado ejerce su derecho constitucional de defensa (STC 198/2009 (Sala Segunda), de 28 septiembre).

El juzgador está sometido constitucionalmente por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. No podrá usar hechos no delimitados por la acusación, para ser subsumidos como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, ni apartarse de las calificaciones de los hechos realizados por la acusación (STC 347/2006 (Sala Primera, de 11 de diciembre)).

iii) Homogeneidad y heterogeneidad.

Como recoge la STC 225/97 de 15 de diciembre, *“el apartamiento del Tribunal de las calificaciones propuestas por la acusación reclama el cumplimiento de dos condiciones: la identidad del hecho punible, de forma que sea el mismo hecho señalado por la acusación, el que declare probado la sentencia, constituyendo el supuesto fáctico de la segunda calificación. Y además, que el delito sostenido por la acusación y el recogido en la sentencia recurrida sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”*.

Puede el Tribunal condenar por delito distinto al invocado por las acusaciones, pero en todo caso debe ser homogéneo. Si es así, no se entiende vulnerado el principio. Puede calificar los hechos de forma homogénea a la acusación siempre que no introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte, por su desconocimiento, no hubieran podido contradecir (STS 862/2007, de 29 de octubre).

iiii) Proscripción de pena más grave solicitada por las acusaciones.

La posibilidad del Tribunal de imponer pena superior a la solicitada, dentro de los límites legales, se descartó tras el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006, que adoptó el siguiente acuerdo: *“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”*.

Doctrina por lo demás sentada por el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 347/2006, de 11 de diciembre).

Esta tesis encuentra hoy claro soporte legal en el art. 789.3 LECrim., (*“la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones”*).

Aquel acuerdo fue completado por el del Pleno de la Sala Segunda de 27 de diciembre de 2007 que delimitó al anterior:

“El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

Este criterio, no exento de crítica, prima el principio de legalidad sobre el derecho de defensa, que puede verse sorprendida ante la imposición de una pena que, tal vez por error u olvido, la parte acusadora no ha introducido en el debate.

iiii) Amplitud de la tesis del art. 733 LECrim.

No basta el planteamiento de la tesis, cuando el Tribunal discrepe de las posiciones de las partes acusadoras. Para la condena, se reclama que éstas asuman la introducida por el órgano judicial.

El art. 789.3 LECrim. consagra la evolución jurisprudencial de éste y otros aspectos del principio que nos ocupa:

“La sentencia no puede imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3”.

Abordamos más adelante la incidencia del principio acusatorio en el propio trámite del recurso de casación. Analizamos si las pretensiones acusatorias al formular recurso de casación, o al impugnarlo, vinculan la decisión del Tribunal de Casación.

E) *“Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrados que el señalado en la Ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen”.* (art. 851.5º LECrim.)

Salvo que la ley disponga otra cosa, bastarán tres Magistrados para formular Sala (art. 196 LOPJ).

Respecto al número de votos conformes se reclama mayoría absoluta, salvo que la ley reclame específicamente mayor proporción (arts. 153 LECrim. y 225 LOPJ).

F) *“Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.”.* (art. 851.6º LECrim.)

La imparcialidad del juez instructor (STS 9 de febrero de 2012) no se denunciará por esta vía, sino por la infracción de precepto constitucional.

Limita el precepto el quebrantamiento de forma a la imparcialidad, subjetiva u objetiva, que concurre en el magistrado que dicta sentencia.

Recuerda la STS 79/2014, de 18 de febrero: *“El desarrollo a un proceso con todas las garantías proclamadas en el art. 24 CE, comprende, según reiterada jurisprudencia, el derecho a un juez o tribunal imparcial y al propio tiempo configurar un derecho fundamental implícito en el derecho al juez legal proclamado en el art. 24.2 CE”.* *La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece (...) no sólo como una exigencia básica del proceso debido derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 117 CE) como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los jueces y tribunales, sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), que está dirigida a asegurar la razón última de la decisión jurisprudencial que se adopta, sea conforme el Ordenamiento Jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses del litigio como a sus litigantes. (SSTC 299/94, de 14.11; 162/99, de 27.9; 154/2001, de 2.junio)”.*

La vulneración de este derecho fundamental podrá invocarse por una doble vía. Por quebrantamiento de forma, a través del motivo que analizamos, o por la infracción de precepto constitucional ex art. 852 LECrim.

Procederá la estimación del motivo cuando intentada la recusación, no se hubiera tramitado la correspondiente pieza, o, se hubiera tramitado por Magistrado incompetente o sin respetar los límites legales (STS 21.febrero.2003).

D.3) Por infracción de derecho constitucional. Casación y derechos fundamentales. Las nuevas funciones del recurso.

La vía abierta por los arts. 5-4 de la LOPJ (“*En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional*”), y 852 LECrim. (en su redacción dada por Disposición Final 12ª.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero) conlleva, sencillamente, constitucionalizar la casación.

Abre nuevas y amplias posibilidades del recurso. Éste se aparta de su función clásica de mecanismo nomofiláctico, siendo el Tribunal el máximo intérprete de la ley; de corrección de órganos judiciales inferiores al aplicar ésta. La infracción de precepto constitucional conlleva una ampliación clara de los motivos esgrimibles, únicamente limitada por la Constitución.

Permite, ante la ausencia de una segunda doble instancia, dar cumplimiento, como he expuesto, a la exigencia de revisión del fallo condenatorio y de la pena por un tribunal superior.

Aunque se instaurara una doble instancia real, la infracción de precepto constitucional como nuevo motivo, permitiría al Tribunal de Casación, valorar la adecuación de la sentencia o resolución recurrida a la norma suprema, e incluso de la norma aplicada.

El ordenamiento jurídico penal ha de acomodarse en su conjunto a la Constitución (art. 5 LOPJ), vinculando los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales (art. 7.1 LOPJ). Éstos han de interpretarse además con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias, ratificadas por España (art. 10.2 y 96.1 CE).

La importancia de ésta posibilidad -indica **URBANO CASTRILLO**⁴⁵- es tal que puede decirse, sin exageración alguna, que “*ha revolucionado la casación penal*”.

A través de este cauce podrá instarse del Tribunal de Casación la revisión de la racionalidad del juicio sobre la prueba y sobre su suficiencia para condenar; la licitud de los medios de prueba introducidos; la conexión de antijuricidad de la prueba ilícita -obtenida con vulneración de derechos fundamentales- con el resto del acervo probatorio.

El Tribunal de Casación a través de este cauce, tutelaré todos los derechos fundamentales, con amplitud.

⁴⁵ Op. Cit. pág. 13.

CASACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La vulneración de la presunción de inocencia constituye motivo habitualmente esgrimido vía arts. 5.4 LOPJ/852 LECrim.

Permite superar los rígidos límites del art. 849-2, revisando la existencia de prueba, su suficiencia, su licitud...sin invadir el campo propio de la inmediación.

No puede propiamente el Tribunal de Casación realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas, a presencia del Juzgador de instancia. Únicamente a éste le compete esta función valorativa (art. 741 LECrim.). El Tribunal Supremo puede revisar la racionalidad de la valoración incorporada a la sentencia.

Ante la invocación de la vulneración de este principio, debe el Tribunal de Casación realizar un triple juicio sobre la prueba⁴⁶: sobre la suficiencia de ésta para sustentar la condena; sobre la motivación y la razonabilidad del juicio que ha conducido al Tribunal de instancia a declarar probados unos hechos.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional: STC 102/2008, de 28 de julio:

*“Nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y (no es cierto) que sólo permita revisar las pruebas en el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 de la LECrim.... Como recordábamos en la STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3, en virtud del art. 852 LECrim, **el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que, a través de la invocación del art. 24.2 CE (fundamentalmente en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto 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** (por todas, STC 60/2008, de*

⁴⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Secc. 1ª) Sentencia 42/2014 de 5 febrero:

“Cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar el “juicio sobre la suficiencia”, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar el “juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial”.

26 de mayo, FJ 5). Asimismo, hemos dicho que través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se 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 haya deducido de su contenido” (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente “tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo “la revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo 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” (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7 y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).

Debe valorarse igualmente si las pruebas que sustentan el *factum* se han obtenido sin violar los derechos fundamentales.

El juicio sobre la suficiencia de la prueba debe extenderse tanto a los elementos objetivos cómo a los subjetivos, puesto que ambos, en definitiva, convierten en típica la conducta enjuiciada.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia no asiste a las partes acusadoras. Resume en este sentido la STS 14.feb.2002:

*“En un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan... el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso (...) La Constitución **no incluye un principio de presunción de inocencia invertida**, que autorice al Tribunal casacional a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia que ha presenciado personalmente la prueba, revisando la credibilidad de testimonios que no ha contemplado e introduciendo certeza condenatoria donde el Tribunal sentenciador sólo apreció dudas absolutorias”.*

CASACIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Si bien la parte acusadora no puede esgrimir la vulneración de la presunción de inocencia, ante la arbitrariedad, falta de razonamiento o errores de la resolución judicial que le perjudique, puede aducir la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Ésta comprende, incluso en caso de sentencias absolutorias, el deber de motivación de la sentencia y resoluciones judiciales (art. 120.3 CE).

El Fiscal posee legitimación para denunciar la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (Junta Sala Segunda de 27.febrero.1998, y SsTS 22.enero.1998, 25.noviembre.1997, 2192/1993, de 11 de octubre; 797/1994; 1311/1995, de 28 de diciembre...).

Refiriéndose a este derecho, la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Secc. 1ª), 696/2012, de 26 septiembre, apunta:

“...el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución suficientemente motivada haciendo comprensible a las partes y, en general,

a la sociedad, el fundamento racional, fáctico y jurídico, de la decisión judicial lo que evita la arbitrariedad de la resolución, y, a su vez, posibilita su impugnación mediante los recursos que procedan. **Las resoluciones judiciales no son meras expresiones de voluntad** sino aplicación fundada, razonada y razonable de la norma jurídica, con el sometimiento de los jueces al imperio de la ley que proclama el art. 117.1 de la CE y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrada por el art. 9.3 de la misma”.

La vulneración de cualquier otro derecho fundamental (derecho a la intimidad; al secreto de comunicaciones postales y telefónicas; de defensa; vulneración del principio acusatorio; de igualdad; de libertad; a un procedimiento sin dilaciones indebidas...), pueden sustentar en el estado actual de la casación el recurso.

También goza el Ministerio Fiscal de legitimación para invocar la lesión de derechos fundamentales.

- Cabe alegar *ex novo* la vulneración de derechos fundamentales en trámite de casación.

“La doctrina de esta Sala ha entendido que no es posible resolver en casación cuestiones no planteadas en la instancia, pues convertiría el recurso de casación en una primera instancia, sin posibilidad de revisión en la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, como **excepción se ha señalado el caso en que la cuestión planteada consista en la vulneración de un derecho fundamental**, o que tenga su apoyo en los mismos hechos probados de la sentencia”. (STS 6.junio.2005).

Delimitación de funciones entre el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La tutela de derechos fundamentales compete con carácter prioritario al Tribunal Constitucional, pero la tutela con carácter primario, corresponde a cualquier órgano judicial, y en consecuencia, también a la Sala Segunda.

Han existido desencuentros, con amplia difusión mediática, entre ambos tribunales.

Especial polémica desató Sentencia 29/2008, de 20 febrero (caso “Los Albertos-KIO”), dictada por el Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Entiende⁴⁷ que la interpretación y aplicación del art. 114 del Código Penal de 1973 llevada a cabo por la Sala Segunda del Tribunal

⁴⁷ Parte dispositiva:

“Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Alberto C. A. y don Alberto A. Torra y, en su virtud: 1) Declarar que ha sido vulnerado el derechos de los demandantes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

2º Restablecerlos en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 298/2003, de 14 de marzo.

3 Desestimar la demanda de amparo en lo demás.”.

Incorpora voto particular discrepante del Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas, concluyendo cómo “el criterio interpretativo de la Sentencia impugnada en el recurso de amparo, cualquiera que sea su grado de acierto, en lo que no podemos entrar, para mí, continúa siendo de estricta legalidad ordinaria y no incurre en ninguna de las tachas ni en la falta de motivación que podrían justificar la decisión estimatoria de aquel”.

Supremo en su Sentencia 298/2003, de 14 de marzo⁴⁸, resulta lesiva del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto insuficientemente respetuosa del derecho a la libertad (art. 17.1 C) que estaba en el trasfondo de la decisión.

La estimación de la demanda de amparo provocó acuerdo de Pleno de la Sala Segunda de 26.febrero.2008, que concluyó cómo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre si la interposición de una querrela criminal interrumpía o no el plazo de prescripción, comportaba invadir la competencia propia del Tribunal de Casación.

En este Acuerdo, el **Tribunal Supremo** entiende que el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE. No preserva el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo ⁴⁹.

⁴⁸ Entiende interrumpido el plazo de prescripción, interpretando del término «el procedimiento se dirige contra el culpable». Acontece ante querrela presentada el último día del plazo de prescripción, con ausencia de poder suficiente, repartida y ratificada posteriormente, al valer como denuncia, entendiéndose que existe procedimiento judicial.

Casa y anula la Sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid de [veintinueve de diciembre de dos mil. La segunda Sentencia](#) incorpora la siguiente parte dispositiva:

*“Que debemos **condenar y condenamos a Alberto C. A. y a Alberto A. T., como autores responsables de dos delitos consumados, en relación de concurso medial, uno de falsedad en documento mercantil y otro de estafa, este último en la modalidad de especial gravedad atendido el valor de la defraudación, estimada como muy cualificada, sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal, imponiendo a cada uno de ellos las penas de 1 año de prisión menor y multa de 6.000 euros, con 50 días de arresto sustitutorio caso de impago, por el primero de los delitos y 2 años y 4 meses de la misma pena de prisión menor por la estafa.***

Ambos responderán solidariamente y por mitad en favor de los perjudicados de las indemnizaciones señaladas en la resultancia probatoria de la Sentencia de origen, con el interés legal correspondiente a partir de la interpelación judicial, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la presente sentencia.

Se declaran responsables civiles subsidiarias a las entidades Construcciones y Contratas, SA, ahora Fomento de Construcciones y Contratas, SA y Corporación Financiera Hispánica, SA.

Se imponen por partes iguales el 50% de las costas procesales de la instancia a los condenados, con inclusión de las de la acusación particular y los actores civiles.

En lo demás, se confirman los restantes pronunciamientos de la Sentencia recurrida, en cuanto no resulten afectados por lo resuelto en ésta.”.

⁴⁹ **Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 26.02.08.**

Sentencia del Tribunal Constitucional sobre «los Albertos», conocimiento y decisiones, en su caso.

“Acuerdo:

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20/02/08, que declara la nulidad de la nuestra de 14/03/03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.

*Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión **preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado**, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al*

Materializando lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 20.febrero.2008, en posterior Acuerdo de la Sala Segunda de 10.junio.2008 se concluye procede el dictado de sentencia absolutoria de los acusados, con reserva a los perjudicados de acciones civiles.

Se materializa en la **Sentencia (Sala de lo Penal, Sec. 1ª) 430/2008 de 25 junio**. Insiste en cómo el Tribunal Constitucional, al resolver en amparo sobre prescripción por la vía de la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad personal, extralimita sus funciones entrando en materia de legalidad ordinaria propia del TS. (*“el Tribunal Constitucional extravasó arrogándose atribuciones interpretativas, que por ser de mera legalidad ordinaria, corresponde hacer a la jurisdicción de este orden, y en esa línea dilucidó cuestiones sustantivas del orden penal de la mano de la tutela judicial efectiva y de su repercusión en el derecho a la libertad.*

A su vez, la doctrina del T. Constitucional sobre materia propia de legalidad ordinaria no puede condicionar a esta Sala de casación, imponiendo unos criterios y pautas hermenéuticas para interpretar y aplicar los preceptos sustantivos del orden penal, entendiéndose que tales pronunciamientos instrumentales sólo lo son a efectos de la resolución del recurso de amparo concernido en el presente caso, obligando exclusivamente a este Tribunal la estricta definición del derecho fundamental amparado y la parte dispositiva o fallo de la sentencia (art. 164 C.E.).

La sentencia recuerda el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 15.diciembre.2000, en el sentido de que en procesos penales en que se haya dictado sentencia de casación anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, debe aquélla dictar la sentencia que corresponda de haber sido apreciada en casación la vulneración de derechos por el Tribunal Constitucional. La primera y segunda sentencias que se dictan en casación cuando se casa la de instancia constituyen un todo inescindible. No cabe pronunciamiento sobre responsabilidad civil ex delicto cuando todos los procesados o acusados resulten absueltos.

La tutela de los derechos fundamentales no constituye competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, ni éste debe inmiscuirse en la aplicación de la legalidad ordinaria, salvo incidencia directa en derechos fundamentales, protegidos por la Constitución. La doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar el texto constitucional vincula a todos los órganos judiciales.

La decisiones del Tribunal Supremo, *“órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes”* (art. 123 CE), en materia de legalidad ordinaria, es de exclusiva competencia.

En el orden jurisdiccional penal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es el órgano superior específico, el órgano supremo. Cumple su función a través del cauce de infracción de ley, *“corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de*

Tribunal Supremo”.

garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal” (STS 1482/2014, de 15 de abril).

La función de tutela de derechos fundamentales la asume el Tribunal Constitucional ante el recurso de amparo; la Sala Segunda, ante el de casación. Al tutelar derechos fundamentales la Sala Segunda no es el órgano supremo, al vincularle la doctrina del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución. *“Revisión que no se extiende constitucionalmente a la interpretación de la norma penal ordinaria, aun cuando en ocasiones puedan producirse supuestos inapropiados de extralimitación”*, reza la STS 1482/2014 citada, recordando:

*“Es por ello, muy relevante, que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función unificadora, sin restricciones impuestas, o auto restricciones injustificadas, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores **interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.***

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio”.

Enfrentamiento, todavía no resuelto íntegramente.

La facultad y obligación de los Tribunales ordinarios, entre ellos naturalmente del Tribunal Supremo, de revisar las violaciones de derechos fundamentales, aparece reforzada por LO 6/2007 de 24 de mayo, que modificó la LO del Tribunal Constitucional. Configura un nuevo supuesto de nulidad de los actos procesales ex art. 241.1 de la LOPJ. Con la intención, según la exposición de motivos, de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales. *“Ésta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los Tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”*.

Se realza con ello el auténtico carácter subsidiario del recurso de amparo. Dicho incidente de nulidad de actuaciones se configura como requisito de procedibilidad del recurso de amparo, cuando resulte necesario formularlo. Ello acontecerá cuando la vulneración del derecho fundamental no ha sido aducida con anterioridad y resuelta por la resolución definitiva⁵⁰.

⁵⁰ MIRANDA ESTRAMPES, M. *“Recurso de amparo constitucional. Admisión y especial trascendencia constitucional”*. Conferencia en Iltre. Colegio de Abogados de Tarragona, 29.mayo.2014.

Sin duda, esta modificación legislativa, que introdujo como requisito para la admisión y viabilidad del recurso de amparo su especial trascendencia constitucional para justificar una decisión sobre el fondo, relega al Tribunal Constitucional a la posición de último garante de la tutela de derechos fundamentales. Debe decidir allá no lleguen los Tribunales ordinarios.

El Tribunal Supremo mantiene su condición de máximo intérprete de la legalidad ordinaria, de las normas legales sustantivas y procesales que decidan el asunto. Ello no veda la posibilidad de una revisión de sus sentencias en orden a concluir su ajuste a la Constitución.

E) PROCEDIMIENTO.

Cabe distinguir las siguientes fases:

a) Preparación del recurso.

Arts. 855, 856 y 857 LECrim.

A diferencia de lo que acontece en el recurso ordinario por infracción procesal (art. 470 Ley Enjuiciamiento Civil) y recurso de casación (art. 479 Ley Enjuiciamiento Civil), tras la reforma operada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, en el proceso civil, el recurso de casación penal se inicia con un escrito de preparación, autorizado por Abogado y Procurador, a presentar dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia o auto objeto de recurso.

La interposición se formaliza ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los plazos previstos en el art. 859 LECrim. -al que se remite el art. 873-.

El escrito de preparación debe incorporar la solicitud de expedición de testimonio de la resolución contra la que pretende entablarse el recurso, concretando la clase de recurso que pretende utilizarse. Los particulares del documento acreditativos del error en la apreciación de la prueba -cuando se acuda a la vía del art. 849.2º LECrim.-. Y la designación, en caso de quebrantamiento de forma, de la falta o faltas cometidas, y reclamaciones practicadas para subsanación.

También el requisito formal de promesa de constituir el depósito previsto en el art. 875 LECrim., obligación limitada a las partes acusadoras -excluido el Ministerio Fiscal- y al actor civil, que no gocen del beneficio de justicia jurídica gratuita.

Previo control del cumplimiento de estos requisitos, el Tribunal a quibus tendrá por preparado el recurso, mandando emplazar al recurrente

para su comparecencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos improrrogables previstos en el art. 859.

Junto al testimonio de la sentencia o del auto, el Tribunal debe remitir a la Sala Segunda certificación de los votos particulares, si los hubiere. Además del recurrente, debe emplazarse para comparecencia a los que hayan sido parte en la causa. La parte que no haya preparado el recurso puede adherirse “*alegando los motivos que le convengan*” (art. 861 LECrim.) al recurso de casación.

Se ha suavizado sobremanera, en aras a la tutela judicial efectiva, los requisitos del escrito de preparación. V.gr., no se reclama con rigor una congruencia entre el motivo preparado y el posteriormente articulado en el escrito de interposición.

b) **Recurso de queja.**

La decisión de no tener por preparado el recurso debe articularse mediante auto motivado, contra el que cabe queja, a formular, previo emplazamiento, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los términos previstos en el art. 859 LECrim. La queja debe articularse con arreglo a los requisitos previstos en los arts. 862 á 871 LECrim.

Contra la decisión de la Sala Segunda resolviéndola no cabe recurso alguno.

c) **Interposición del recurso.**

Debe presentarse en el plazo previsto para el emplazamiento.

Su contenido debe ajustarse a lo dispuesto en el art. 874 de la Ley Procesal.

El Tribunal de instancia remite la resolución recurrida, y la causa o parte de ella, singularmente del documento invocado o de las faltas base del quebrantamiento de forma.

Se reclama concisión y claridad, en el escrito de interposición. Debe aducirse el fundamento doctrinal y legal de los distintos motivos de casación, encabezado cada uno con un breve extracto de su contenido, con cita del precepto de la Ley Procesal que autorice cada uno. De la misma forma deben designarse la reclamación/reclamaciones practicadas para subsanar el quebrantamiento de forma que se aduzca cometido.

Tanto el Tribunal Constitucional cómo el propio Tribunal Supremo rechazan un excesivo rigorismo formal, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva. Es subsanable cualquier defecto, salvo el plazo, o la omisión del precepto invocado.

En buena técnica casacional cada precepto vulnerado debe desarrollarse en un motivo.

d) **Adhesión.**

El que no haya preparado el recurso puede adherirse en el plazo de personación (art. 873 LECrim.), aunque pueda hacerlo igualmente al instruirse del recurso formulado por la otra parte (arts. 873, 874 último pº, y 861 último pº). Nos pronunciamos más adelante sobre el alcance de la adhesión.

La adhesión debe articularse con los mismos requisitos que el propio recurso de casación.

e) Sustanciación.

Comprende tres fases.

* Designación del Ponente y traslado del recurso a las demás partes.

* Instrucción de las partes por término de diez días para impugnación de la admisión del recurso o adhesión.

* Decisión sobre admisión o inadmisión (art. 892 LECrim.).

La fase de admisión, auténtica criba en elevado porcentaje de los recursos formulados, persigue ante todo aliviar al Alto Tribunal del conocimiento de aquéllos incurso en las causas legalmente previstas. Reducir el número de los que meritan ser estimados o desestimados en sentencia.

Las causas de inadmisión aparecen previstas en los arts. 884 (de carácter formal) y 885 (afectan al fondo: carencia manifiesta de fundamento o desestimación por el Tribunal Supremo en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales).

La Ley 21/1988, de 19 de julio dio nueva redacción al número 6º del art. 884, e introdujo las causas de inadmisión del art. 885. Modificó el régimen de admisión, con el proclamado objetivo de evitar que a Sala Segunda entrara a conocer de recursos carentes de fundamento o que incidiera en materia ya solventada.

Como causas de inadmisión formales el art. 884 enumera:

- Cuando no se articulen por los motivos previstos en los arts. 849 á 851 (art. 884.1º).

Deja fuera el precepto la posibilidad de canalizar el recurso por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim.).

- Cuando se interponga contra resoluciones no recurribles excluidas de la casación.

- Cuando no se respete el *factum*, o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquél, a salvo se acuda a la vía ofrecida por el art. 849.2 LECrim.

- Cuando no se observen los requisitos previstos para su preparación o interposición.

Han venido flexibilizándose los requisitos de forma, tanto en la fase de preparación cómo en la de interposición del recurso, en aras a la tutela

judicial efectiva, que resultaría vulnerada por la inadmisión de un recurso por defectos de forma.

- En el caso de quebrantamiento de forma del art. 850, cuando falte previa reclamación para subsanación de la falta o la oportuna protesta (884.5º LECrim.).

- Cuando el documento o documentos no hubieran figurado en el proceso, o no se designen las declaraciones de aquéllos contradictorias con la resolución recurrida, en el caso del número 2º del art. 849.

El art. 885 LECrim. incorpora como causas de inadmisión fundadas en motivos de fondo:

-La carencia manifiesta de fundamento.

Atiende a la viabilidad del recurso, que debe relacionarse con los propios alegatos que lo sustenten.

-Cuando el Tribunal Supremo ya hubiera desestimado recursos sustancialmente iguales.

Prima aquí la función nomofiláctica del recurso.

La inadmisión debe ser acordada por unanimidad (art. 889 LECrim.), mediante auto debidamente motivado, contra el que no cabe recurso (art. 892). No caben, en consecuencia, votos particulares ni discrepancias entre los Magistrados. Si concurren, el recurso debe admitirse preceptivamente.

La inadmisión puede ser total o parcial; afectar a uno o varios de los recurrentes o de los motivos que sustenten el recurso.

La admisión se gestiona desde la sala de admisión por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (art. 163 LOPJ)⁵¹.

f) Decisión.

Admitido el recurso:

- Se señalará día para fallo si no debe celebrarse vista (art. 993 bis a) LECrim.).

- Se procederá a señalar vista (art. 894 LECrim.), en audiencia pública, con asistencia del Fiscal y de los defensores de las partes, cuya incomparecencia no constituye motivo de suspensión, salvo decisión en contra de la Sala.

La celebración de la vista reclama, en principio, la expresa solicitud de las partes y una pena superior a los seis años.

De esta regla general, se exceptúan aquéllos recursos cuyas específicas características aconsejen la publicidad, cuando el propio Tribunal la considere necesaria o se contemplen delitos comprendidos en los actuales Títulos XIX a XXIII del Título II del Código Penal.

- Terminada la vista o, de no haberse celebrado, el Tribunal debe resolver el recurso en el plazo de diez días. De estimarlo necesario, la Sala,

⁵¹ URBANO CASTRILLO, E., op. cit., págs. 20 y ss.

para mejor comprensión de los hechos, puede reclamar al Tribunal sentenciador la remisión de los autos, con suspensión del término para dictar sentencia (art. 899).

El contenido de la sentencia viene regulado en los arts. 900 y ss. de la Ley Procesal.

- Si se aprecia quebrantamiento de forma (art. 901 bis a) se ordena la devolución de la causa al Tribunal para que subsane la falta, y proceda al dictado de nueva sentencia.

En aras a evitar dilaciones indebidas, cabe, aún estimando concurrente quebrantamiento de forma, entrar a decidir en cuanto al fondo del asunto, si se impone la absolucióndel acusado.

En relación a pronunciamientos omitidos (art. 851.3 LECrim.), se admite, cuando se haya formulado recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analice la Sala Segunda y resuelva motivadamente la cuestión planteada. Puede examinar la cuestión de fondo, cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo así el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando o disminuyendo la demora que acontecería si la causa debiera volver al Tribunal de instancia, y posteriormente, de nuevo, al Tribunal de casación (STS 1095/1999, de 5 de julio, entre otras).

Con el objetivo de evitar esta peregrinación del proceso, dando cumplimiento al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, razona la STS 859/2013, de 21 de octubre, ante la falta de motivación de la extensión de la pena concretamente impuesta o, al no haberse incluido en el *factum* los aspectos fácticos que fundaban la agravante de reincidencia:

“La solución indicada presenta un serio inconveniente: retrasos que, en la medida en que no estén justificados, se convertirán en “dilaciones indebidas” proscritas por el art. 24 CE. Tal derecho fundamental atesora cierta fecundidad interpretativa a la hora de reducir a lo indispensable los supuestos de nulidad para retroacción a un momento anterior. Siempre comportan postergar en el tiempo la respuesta judicial. En la medida en que sea posible hay que brindar una solución ya definitiva. Por eso en ocasiones para supuestos como el presente se ha inclinado esta Sala por casar la sentencia imponiendo el mínimo legalmente posible.

(...)

Por eso, en la medida de lo factible la solución más natural y lógica será anular en ese particular la sentencia pero con los efectos propios de un recurso por infracción de ley: recuperar la instancia para dictar segunda sentencia en casación asumiendo la tarea de una individualización motivada (...)

Ante la eventualidad de un quebrantamiento de forma por no incluir el *factum* la base de la que deriva la agravante de reincidencia, que sí incorpora en fundamentos jurídicos, razona la sentencia: *“Ciertamente podría haber recurrido el Fiscal para reclamar de esta Sala Segunda que los aspectos fácticos fundadores de la reincidencia cambiasen de lugar, lo que podría articularse por la vía del art. 851.1ª. Pero, ¿no serían dilaciones indebidas esas vueltas y revueltas de una sentencia que se*

entiende perfectamente aunque no se haya respetado escrupulosamente lo dispuesto en el art. 141 LECrim?”.

- De estimar el motivo por infracción de ley, no se procede al reenvío. El Tribunal Supremo debe dictar a continuación la sentencia que proceda, casando la del Tribunal *a quibus*, con proscripción de la *reformatio in peius*.

La Sala puede proponer el indulto, debiendo incorporar la sentencia el debido razonamiento se hace uso de tal facultad (art. 902 LECrim.).

Contra la sentencia de casación, y en su caso, segunda sentencia, no cabe recurso alguno, a salvo recurso ordinario alguno.

Ello no obsta a la posibilidad de plantear recurso de amparo, previa solicitud, en su caso, de nulidad de actuaciones ex art. 241 LOPJ, fortaleciendo el principio de subsidiariedad del amparo constitucional.

No constituye objeto de este incidente, de carácter excepcional, las discrepancias del recurrente con la fundamentación jurídica. No se contempla un nuevo recurso para reiterar solicitudes o argumentos ya tratados y respondidos por la Sala Segunda. Se contempla un mecanismo jurídico introducido por la LO 6/2007, de 24 de mayo, cuya “*única finalidad*” es que, ante la carencia de otro cauce, la propia Sala Segunda pueda corregir la lesión vulneradora de derechos fundamentales, siempre que esa infracción constitucional no haya podido ser alegada durante el proceso, ni en el propio recurso de casación.

g) Tramitación del recurso hasta firmeza de la sentencia en caso de fuga u ocultación.

Si el acusado se fugare u ocultare, tras serle notificada la sentencia, estando pendiente recurso de casación, interpuesto ya por el mismo, o por cualquier parte, éste continúa tramitándose hasta su resolución definitiva, debiendo nombrarse al rebelde Abogado y Procurador de oficio. La sentencia resolutoria del recurso devendrá firme (art. 845 LECrim.).

La ausencia del condenado, tras la notificación de la sentencia, a diferencia de lo que ocurre con su preceptiva asistencia a juicio, no deviene precisa para tramitación del recurso de casación. Éste puede llegar a buen fin, garantizando la defensa del ausente, sin contar nuevamente con su declaración o actuación.

h) Recurso interpuesto por el beneficiario de justicia gratuita o declarado insolvente.

Incluyendo los supuestos de insuficiencia económica sobrevenida (art. 8 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

En estos supuestos, el art. 860 LECrim. dispone que el recurrente puede solicitar del tribunal sentenciador remita directamente a la Sala

Segunda el testimonio para interponer el recurso, o certificación del auto denegatorio.

El Secretario judicial debe interesar el nombramiento de abogado y procurador que puedan interponer el recurso, dejando siempre a salvo el derecho del recurrente de designar nuevos profesionales de su elección, que interpongan dicho recurso.

La defensa de los intereses de éstas personas reclama que no queden desasistidos. En caso de que el Abogado designado no formalizare dicho recurso, siempre debe comunicarse al recurrente para que, comunicándole tal decisión, pueda designar Abogado de su elección, antes de declarar desierto el recurso.

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 37/1988, de 3 de marzo, otorgó amparo contra auto de 3.junio.1985 de la Sala Segunda que, con base en la redacción entonces vigente del art. 876.2 LECrim., tuvo por desestimado recurso de casación, que realmente no llegó a interponerse. Los dos letrados nombrados sucesivamente de oficio no encontraron motivo de casación en qué fundarlo, y no haberlo formulado en interés del recurrente el Ministerio Fiscal. Dicho precepto legal permitía que el recurrente, aún deseando interponer recurso de casación, incluso habiéndolo preparado por quiénes le representaron y defendieron en la instancia, se viera privado de recurso por decisión coincidente y sucesiva de dos Letrados y un Fiscal, decisiones que la Sala Segunda, en aplicación literal del precepto, aceptó.

Recordando los límites que al legislador, en orden a la configuración del recurso, le impone el art. 14.5 PIDCP, concluye cómo aquélla norma resultaba contraria al art. 24 CE, entendiéndolo derogado. Debe el legislador *“proveer con una norma de rango legal que disponga qué ha de hacer la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se produzca el triple supuesto de hecho”* previsto en aquél artículo, esto es, la no formalización de recurso por los dos abogados, sucesivamente nombrados al recurrente, en turno de oficio, y cuando el Ministerio Fiscal tampoco entienda oportuno formalizarlo. En estos supuestos el legislador debe permitir al ciudadano acudir en su caso a un abogado de su libre designación. Al no haberlo hecho el Tribunal Supremo, teniendo *“por desestimado el recurso”* -cuando realmente no llega a interponerse- se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa y asistencia de letrado.

i) Derecho a la asistencia letrada del procesado que no haya comparecido.

El art. 881 LECrim., ordena que el Secretario judicial debe interesar el nombramiento de Abogado y Procurador para la defensa del procesado, condenado o absuelto por la sentencia, cuando no fuese el recurrente ni hubiese comparecido, debiendo el Abogado así nombrado aceptar la

defensa del procesado, salvo incompatibilidad, en cuyo caso deberá designarse otro letrado.

Se asegura en consecuencia la defensa del condenado que ha optado por no comparecer. Se asegura la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, imponiéndose a la Sala Segunda el deber de nombramiento de Abogado y Procurador al recurrente que haya optado por no recurrir y por no comparecer ante el recurso interpuesto por otras partes.

La STC 60/2003, de 24 de marzo Pte. Gay Montalvo, que otorga amparo al agravar la condena de quién optó por no comparecer, destaca como tal previsión constituye una auténtica obligación para el Alto Tribunal, evitando que quién pueda resultar afectado por la resolución que se dicte en sede casacional penal, le perjudique sin haber gozado de asistencia letrada. Es este derecho fundamental a la asistencia letrada el que se estima vulnerado. El art. 881 LECrim., hace obligatorio, *ex lege*, que “*el procesado en un recurso de casación penal sea asistido de Abogado y Procurador, sin que ni al interesado ni al propio Tribunal Supremo les quepa otra alternativa*”.

F) EL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

El derecho a que el fallo y la pena sean revisados por un Tribunal Superior es únicamente predicable respecto al condenado en la instancia. No asiste a la parte acusadora, carente del derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada. El Ministerio Fiscal, la parte acusadora privada o particular, o el actor civil, tienen derecho a obtener una resolución fundada en derecho, y a su ejecución; a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto legalmente. No les asiste el derecho a obtener una resolución acorde con su pretensión.

En línea con lo anterior, no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona que pueda esgrimirse frente al legislador o frente a los órganos judiciales (SSTC 199/96 de 3.12, 41/97 de 10.3, 74/97 de 21.4, 67/98 de 18.3, 215/99 de 29.11, 21/2000 de 31.1)⁵².

⁵² Sentencia Tribunal Supremo 10/2012 (Sala de lo Penal, Sec. 1), de 18 enero. Casación 728/2011: “*la tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusadora, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.*

(...)

El Tribunal Constitucional ha establecido que la víctima, la parte acusadora, tiene derecho a la motivación de la sentencia o resolución judicial que recaiga en el procedimiento, pero no a obtener la condena⁵³. Debe conocer las razones por las que no se materializa en una condena la aplicación del “*ius puniendi*” de titularidad estatal, o del rechazo de sus pretensiones.

La adecuada y lógica fundamentación de las resoluciones judiciales constituye un imperativo, para evitar la arbitrariedad (ex art. 120 CE). Ello con independencia de si son de signo condenatorio o absolutorio. En las sentencias condenatorias el canon de motivación debe ser más riguroso que en las absolutorias. En éstas, la duda es por sí fundamento suficiente de la absolución.

El razonamiento del sentido de la resolución judicial -recuerda **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, con cita de la STS 1045/1998, de 23 de septiembre⁵⁴- viene a ser una exigencia más del derecho a que la presunción de inocencia sea respetada. En cambio, el juicio de no culpabilidad o de inocencia basta con que esté fundado en la declaración de la falta de convicción, bien sobre la realidad del hecho, bien sobre la participación en él del acusado.

Sin duda, éstas premisas condicionan la posibilidad de revisión de sentencias de signo absolutorio en la instancia.

Ante la absolución, se denuncia la carencia de herramientas por parte de las acusaciones. Entre ellas, el criterio de la Sala Segunda de considerar incompatible con el recurso de casación la audiencia personal del acusado absuelto, no prevista legalmente, pero tampoco expresamente prohibida.

Al tratar esta cuestión no cabe obviar la doctrina que arranca en la Sentencia Tribunal Constitucional 167/2002: imposibilidad constitucional de valoración por el Tribunal de Apelación de pruebas personales sin

La sentencia Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.5.2004, precisa que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada sino que (...) este derecho tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (SSTS. 3.10.97, 6.3.97).

⁵³ Precisamente al analizar el control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias absolutorias (sentencias 45/2005 de 28.2, 145/2009 de 15.6), ha recordado que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciando de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción, y que no “*se agota en un mero impulso del proceso o mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso, y por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los artículos 24.1 y 2 C.E.*”.

⁵⁴ Op. cit., págs. 79 y ss.

inmediación. El respeto a los principios de inmediación y contradicción, integrados en el derecho a un proceso con todas las garantías, reclaman se oiga directamente a los acusados, y la práctica o reproducción de pruebas personales, que se utilicen para modificar el *factum* de la sentencia absolutoria.

Para justificar una condena, no cabe valorar una prueba de cargo sin inmediación, y tampoco sin contradicción y publicidad... puesto que éstas constituyen garantías esenciales de la "corrección de la valoración"» (STS 48/2008, de 11 de marzo). De otro lado, esta doctrina «no comporta que deban practicarse necesariamente nuevas pruebas en apelación cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, cuestión que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales, sino únicamente que **al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él**» (F. 5 de la misma sentencia).

No está vedada la comparecencia y declaración de los acusados en la apelación, pero no es suficiente oír en declaración al acusado para posibilitar su condena ante sentencia absolutoria de primera instancia (STC 16/2009, de 26 de enero)⁵⁵.

La STC 2/2010, de 11 enero, otorga amparo ante la condena por un delito continuado contra la propiedad intelectual en sentencia de apelación revocatoria de la absolución en la instancia. Concluye la insuficiencia del visionado de la grabación audiovisual de juicio en primera instancia para revalorar las pruebas de carácter personal allí practicadas. No satisface aquéllos derechos esta suerte de “*inmediación de segundo grado*”⁵⁶.

Frente a tal conclusión, en alguna ocasión se lamenta el Tribunal Supremo de que resulta una contradicción el claro incremento en el uso de la videoconferencia para practicar relevantes pruebas testificales en primera instancia, tanto en las diligencias practicadas en el ámbito territorial interno como en el internacional, y que en cambio se infravalore el mismo procedimiento técnico para supervisar en apelación o en casación la eficacia de las pruebas personales practicadas en el juicio oral. (St. A.P. Islas Baleares (Sec 2ª) 318/2012 de 21 noviembre).

La doctrina del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias, por estrechos cauces. Concretamente, cuando el Tribunal de apelación actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones estrictamente jurídicas, que es la función que legalmente le corresponde realizar. Se vulnera el derecho a un procedimiento equitativo cuando se condena a quien fue absuelto en la instancia a partir de una nueva

⁵⁵ La comparecencia y declaración de los acusados en la apelación... no supone en sí misma quiebra alguna del art. 24.2 CE, al no constituir ni una práctica vetada por la Constitución ni el fruto de una interpretación intolerable de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es más: cuando se practique prueba en apelación, podrá resultar en ciertos casos constitucionalmente obligada aquella comparecencia como exigencia de la garantía de contradicción o del derecho de defensa. Como indicaba la STC 48/2008, de 11 de marzo, «*la de inmediación no es la única garantía constitucional del proceso que debe respetarse en fase de apelación. Deben respetarse todas las garantías del proceso, pues sin ellas no se dan los presupuestos mínimos para la defensa y para la corrección de las constataciones y valoraciones judiciales*» (F. 6).

⁵⁶

valoración de pruebas de carácter personal. (STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 675/2013 de 21 junio).

Esta doctrina del TEDH y del Tribunal Constitucional, y la jurisprudencia de la Sala Segunda, que ha venido asumiendo aquélla, se ha traducido en el establecimiento de rígidos límites a la posibilidad de modificación en vía de recurso de casación (y también, apelación) de los hechos probados de una sentencia absolutoria con la pretensión de obtener una condena.

En síntesis, tal doctrina viene a establecer, en términos del TEDH, desde el caso Ekbatani contra Suecia (STEDH de 26 mayo 1988), que cuando un tribunal en vía de recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de Derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, ap. 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, ap. 27; 13 diciembre 2011, Caso Valbuena Redondo contra España, ap. 29; 6 julio 2004, Dondarini contra San Marino, ap. 27; y 26 mayo 1988, Ekbatani contra Suecia, ap. 32), lo que en alguna ocasión ha hecho extensiva al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los hechos cuestionados (STEDH de 22 noviembre 2011, Caso Lacadena Calero contra España, con cita de las sentencias del mismo tribunal Botten contra Noruega, de 19 de febrero de 1996; Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988; Igual Coll, de 10 marzo 2009; Marcos Barrios, de 21 septiembre 2010 y García Hernández, de 16 noviembre 2010).

Incluso cuando la rectificación de los hechos, objetivos o subjetivos, se fundamente en pruebas no personales o en razonamientos realizados sin necesidad de alterar el resultado probatorio establecido en la instancia, el derecho de defensa reclama que **el acusado tenga la oportunidad de ser oído directamente por el Tribunal que resuelve el recurso**. Deviene ineludible que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen “*directo y personal*” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una nueva audiencia, en presencia de los demás interesados o partes adversas.

Actividad procesal, que debe insertarse en la segunda instancia -no prohibida expresamente en casación- y que debe articularse con una suerte de vista o audiencia, pública y contradictoria, en que rija la inmediación, a fin de que opere ese examen directo y personal de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración.

Audiencia precisa, incluso cuando se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal.

Esta paulatina evolución jurisprudencial se ha traducido en el establecimiento de severas restricciones a la posibilidad de rectificar, en vía casacional, los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar

un nuevo relato de hechos probados al que se aúne un pronunciamiento condenatorio contra quien haya resultado absuelto en la instancia. Se reclama, desde el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesario la valoración de las pruebas personales, la práctica de éstas ante el Tribunal que resuelve el recurso. Es preciso convocar, dar al acusado absuelto en la instancia la oportunidad de ser oído directamente por el Tribunal que conozca del recurso, en tanto que es el primero que en vía penal puede condenarle (STS 675/2013, de 21 de junio).

Recalca esta última sentencia *“las sentencias absolutorias tienen una especial rigidez en relación al pronunciamiento absolutorio. Ello no es más que una manifestación de la especial situación que tiene todo imputado en el proceso al disponer de un status especial y más protegido que el resto de las partes, por ello, cuando en el ejercicio del ius puniendi estatal, se concluye con una sentencia absolutoria, siempre que la decisión esté motivada y quede garantizada la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad ex. art. 9-3º de la Constitución (que también rige en las sentencias absolutorias), la conversión de tal pronunciamiento absolutorio en otro posterior condenatorio dictado por el Tribunal que vía recurso conozca de la causa, requiere específicos requisitos”*.

En consecuencia, la doctrina jurisprudencial actual descarta que pueda basarse la condena del acusado absuelto en la instancia únicamente en una revaloración de la prueba documental. El derecho de defensa reclama sea éste oído por el Tribunal que le condena (STC 184/2009).

Con anterioridad, en apoyo de esta nueva evolución jurisprudencial, nos referimos a la STEDH, de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calero contra España), que entiende infringido el derecho, de signo condenatorio para nuestro país, al convertir la absolución en condena, en sede de casación, a partir de la inferencia sobre un elemento subjetivo. Concretamente el TEDH considera que el dolo eventual tiene un componente fáctico, no exclusivamente jurídico. Al revisar tal elemento, no se contempla simplemente un error de derecho⁵⁷.

Alguna sentencia reciente (STS 325/2013, de 2 de abril. Pte. Sr. **Jorge Barreiro**), sigue entendiendo no es precisa dicha audiencia en sede de casación, cuando el debate verse exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, *“cuando el debate sea estrictamente jurídico”*. Entiende, con cita de la Ss.TC 153/2011 y 201/2012, que en estos supuestos *“la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa*

⁵⁷ Concretamente afirma la Sentencia del Tribunal Europeo “cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan”; y acaba estimando la demanda porque, en definitiva, “el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad”.

frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte". Con los antecedentes jurisprudenciales que menciona, concluye: *"Así pues, al no tener por objeto en este caso la casación penal la modificación en contra del reo de los hechos declarados probados y ceñirse la controversia a una cuestión jurídica, es claro que no se precisa una vista oral ni la audiencia del acusado para revocar el sentido absolutorio del fallo impugnado"*.

Conclusión no exenta de crítica, cuando, incluso, la incomparecencia injustificada de los letrados defensores de las partes a la vista de casación no constituye causa de suspensión (art. 894 LECrim.).

Los límites de la revisión jurídica y de la revisión fáctica no siempre resultan claros. Las últimas resoluciones determinan que el Tribunal Supremo no puede revisar en perjuicio del reo, **los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo**. Cabe exclusivamente modificar la subsunción de los **hechos** declarados expresamente probados, desde una perspectiva puramente jurídica (STS 400/2013, de 16 de mayo. Pte. Sr. CONE -Pumpido Tourón-).

Trasluce cierta contradicción, tanto en la doctrina del Tribunal Constitucional cómo de la propia Sala Segunda respecto a la necesidad de que el acusado absuelto en primera instancia deba ser necesariamente oído, mediante convocatoria a vista o audiencia previa, como condición indispensable para que pueda resultar condenado en segunda instancia, naturalmente partiendo de la premisa de no alteración del *factum*, mediante nueva valoración de pruebas personales. La confusión deriva de la dificultad en establecer rígidos límites entre valoración estrictamente jurídica y fáctica. La modificación del juicio de valor sobre los elementos subjetivos del tipo reclama tal audiencia.

La STC (Pleno) 88/2013, de 11 de abril, otorga amparo y concluye que, a pesar de que la sentencia dictada por la Audiencia en grado de apelación que condena frente anterior absolución, en sede de delitos societarios, mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la dictada en instancia, vulneró el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías *"toda vez que han sido condenado en segunda instancia sin que se les hubiera dado la posibilidad efectiva de dirigirse personalmente ante el órgano judicial de apelación para exponer su versión personal sobre su participación en los hechos que se les imputaban y en virtud de una actividad probatoria en cuyo acervo concurrían pruebas personales -las propias testificales de los recurrentes y la del acusador particular- que no han sido practicadas ante el órgano judicial de apelación con respeto a las garantías de publicidad, inmediación y contradicción"*.

Estima igualmente vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que *"la parte esencial de la actividad probatoria en que se ha fundamentado la condena, al entender acreditada la*

conurrencia del elemento subjetivo del delito del ánimo de perjudicar al socio minoritario, aparecía referida a testimonios personales exculpatorios que no se han desarrollado con respeto a las necesarias garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la segunda instancia”. La condena en la segunda instancia en el caso contemplado se fundamenta principalmente en la existencia del elemento subjetivo del delito societario del ánimo de perjudicar al socio minoritario. Al fundarse esencialmente en una actividad probatoria carente de garantías, y no someter a valoración el testimonio exculpatorio de los acusados, practicado a presencia del órgano judicial que condenó, se estima vulnerado el repetido la presunción de inocencia.

En conclusión:

-La viabilidad de las partes acusadoras de gozar de *“una segunda oportunidad”*, pretendiendo la condena no obtenida en primera instancia, tropieza con escollos prácticamente insalvables.

- La condena frente a la sentencia absolutoria reclama en puridad sea oído el acusado absuelto en sede de casación. La Sala Segunda concluye la imposibilidad de oír en trance de recurso de casación al acusado absuelto. Esta rígida postura admite correctivos. V. gr., mediante la citación personal a la vista del acusado, o, entendiendo que dicha audiencia puede ser a través de su letrado.

- De entenderse que para la condena del acusado absuelto deviene insoslayable su presencia personal -sin que sea suficiente la asistencia de defensa técnica en la vista ante el Tribunal Supremo-, no previéndose tal trámite en la actual legislación procesal, aquélla deviene inviable. Cabe otra interpretación, entendiendo no está proscrita dicha posibilidad.

Cuestión diferente es que resulte obligada la presencia del acusado a dicha vista o convocatoria, que eventualmente podía celebrarse con carácter previo a la decisión sobre el recurso de casación. No olvidemos que éste puede resolverse sin la asistencia de los letrados (art. 894 LECrim.).

- En un plano teórico, más que práctico, sería posible una revisión de cuestiones de índole estrictamente jurídica. Empero, no es fácil deslindarlas de las cuestiones fácticas o no puramente jurídicas. Ello a pesar de que contemplemos un recurso llamado principalmente a resolver discrepancias de carácter eminentemente jurídico. Incluso los elementos subjetivos del delito deben incluirse en el aspecto fáctico.

- La Sala Segunda descarta la posibilidad de práctica de diligencias en sede de casación, al igual que la viabilidad de repetir el juicio en segunda instancia. Únicamente, en el ámbito del procedimiento abreviado, se admite la práctica de diligencias de prueba con carácter tasado: *“las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las*

propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables” (art. 790.3 LECrim.)⁵⁸.

G) OTRAS CUESTIONES

G.1) Tribunal de Casación. Connotaciones políticas.

El Tribunal Supremo ostenta jurisdicción en toda España (art. 123 CE). Precepto acorde con el art. 152 CE que integra a los Tribunales Superiores de Justicia en una organización jurisdiccional, cuya cúspide ostenta el Tribunal Supremo.

Al margen de destacar la importancia de potenciar la función unificadora de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a nivel nacional⁵⁹, a nadie escapa que el seguir residenciando en ella la competencia para resolver el recurso de casación, no resulta una cuestión políticamente indiferente.

La última palabra, en causas singularmente contra aforados, cuando la resolución dictada sea susceptible de recurso de casación, la tendrá el Tribunal Supremo, en materia de legalidad ordinaria, a salvo los eventuales pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales.

Ello ha permitido el enjuiciamiento, pronunciamientos sobre causas seguidas contra presidentes de Comunidades Autónomas (v. gr., STS 8/2010, de 13 de enero. Caso Ibarreche), complejas, al ser habituales incidentes de recusación.

El modelo de descentralización territorial no se ha proyectado sobre la organización judicial, según sostienen algunas tesis políticas.

Ésta pretensión de *“contaminación política”* del Tribunal Supremo tuvo reflejo en la Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 28.junio.2010, que estima parcialmente el recurso de constitucionalidad planteado por más de cincuenta diputados del grupo Parlamentario Popular contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁵⁸ La STS 670/2012, de 19 de julio, aborda ampliamente la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia. Se ha pronunciado inequívocamente en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 25-2; y 352/2003, de 6-3), en estricta observancia de las previsiones legales (actualmente, ex art. 790.3º LECrim.).

Razona la Sentencia que de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación implantaríamos "de facto" un modelo de recurso que se aproxima a la apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal, innovación que supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas.

⁵⁹ **GARRIDO LORENZO, M.A.**, op. cit., págs. 31 y ss.

Deja a salvo la función específica del Tribunal Supremo de “*unificación de doctrina*”, no declarando inconstitucional el art. 95.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña siempre que se interprete que más allá de la función de “*unificación de doctrina*” no puede definir el Estatuto la función jurisdiccional del Tribunal Supremo. El resto de funciones del Alto Tribunal sólo puede establecerse a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No debe primar la disputa política, sobre el primigenio fin del recurso de casación: la aplicación uniforme del derecho, en todo el territorio nacional. El Estado tiene competencia exclusiva en legislación penal y penitenciaria (art. 149.1.6° CE), lo que realza aún más la necesidad de un criterio uniformador, de unificación de doctrina legal, y de un órgano jurisdiccional, que pueda aclarar resoluciones discrepantes que pudieran dictar los Tribunales Superiores de Justicia.

Connotaciones políticas que no han dejado de manifestarse igualmente ante las discrepancias y crítica efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, órgano político, al dictar sentencias, alguna de las cuales ya comentadas, reprochándole invada sus propias competencias al interpretar la legalidad sustantiva ordinaria.

G.2) Cuestiones nuevas.-

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo, como norma general, no es posible resolver en casación cuestiones no planteadas en la instancia. Entre otras razones, porque convertiría al recurso en una primera instancia, sin posibilidad de revisión en la jurisdicción rutinaria. Mermaría el principio de contradicción entre las partes.

Tal premisa es consustancial al propio recurso de casación, que se circunscribe al examen de errores legales que eventualmente pudo cometer el Tribunal *a quibus*. Devienen improcedentes alegaciones relativas a la aplicación de preceptos sustantivos no invocadas previamente.

Sin embargo, se apuntan como excepciones:

- Si la cuestión planteada consiste en la vulneración de un derecho fundamental (SsTS 6.junio.2005; 214/2007, de 26 de febrero; 11172007, de 27 de diciembre). Singularmente, infracciones constitucionales que conlleven indefensión material.

Pueden ser analizadas exclusivamente en cuanto se refieran a las garantías del proceso y la observancia de los principios fundamentales que rigen el mismo, derivados de preceptos constitucionales, que puedan generar indefensión. Incluso pueden ser acogidas de oficio (STS 821/2012,

de 31 octubre). La STS. 554/2011, de 9.junio, fundamenta esta posibilidad en la medida en que la Sala Segunda deviene garante ordinario de la efectividad de tales derechos en los procesos que conozca vía recurso casación.

Naturalmente nada impide, siempre que se respete el principio de contradicción, lo que reclama previa audiencia de las partes, se aplique retroactivamente, en sede de casación, la norma penal más favorable que entre en vigor durante la tramitación del recurso (art. 2.2 CP). En estos supuestos se contempla más que una revisión de la sentencia la posibilidad de adaptación del recurso formalizado, o en trance de formalización, así como la obligatoriedad de dictar sentencia en sede de casación aplicando la norma penal más favorable⁶⁰. Así se contempla habitualmente en las reformas del Código Penal y otras leyes sustantivas. V.gr., Disposición Transitoria tercera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio⁶¹.

Habrà lugar igualmente a la adaptación del recurso y/o de la sentencia cuando se modifiquen las leyes o disposiciones que complementen las llamadas leyes penales en blanco (Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Tributario...) o cuando se modifiquen las cuantías típicas, singularmente en sede de delitos económicos.

Así lo entendió en línea de principio, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Acuerdo de 25/10/2005, que sienta la aplicabilidad del principio de retroactividad de la Ley Penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la cuantía defraudada ante sentencia condenatoria dictada por la Audiencia pendiente de recurso de casación⁶².

- Vulneración de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficia al reo. V.gr., atenuantes no apreciadas, que tengan su apoyo en el *factum* de la sentencia.

⁶⁰ **PRIETO RODRÍGUEZ, J.I.** “La revisión de sentencias en el nuevo código Penal”. Resumen Ponencia en el marco de “Jornadas sobre la Reforma del Código Penal”. Colegio de Abogados de Tarragona, 22.octubre.2010.

⁶¹ **Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos**

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el periodo de «vacatio», las siguientes reglas: (...)

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

⁶² Razona: “La Audiencia analiza la cuestión desde la perspectiva de la disposición más favorable sin tener en cuenta que cuando la acción ha dejado de ser típica, aún cuando se trate de modificar una condición objetiva de punibilidad, y la sentencia no haya sido ejecutada en su aspecto penal, el principio aplicable es el de la retroactividad de la segunda disposición más favorable”.

- La prescripción. Al tratarse de cuestión de orden público, puede invocarse en cualquier momento. Incluso debe ser aplicada de oficio, tan pronto se aprecie concurren los presupuestos que la fundamenten.

Su contemplación como artículo de **previo** pronunciamiento (art. 666.3ª, y art. 786.2 LECrim. en el ámbito de la llamada audiencia saneadora) no obsta al deber de estimar la concurrencia de dicha causa de extinción de la responsabilidad criminal en cualquier momento del procedimiento, incluyendo el trámite de recurso de casación.

No se establece con carácter preclusivo o imperativo deba resolverse en un concreto momento procesal.

*“A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, la que opera en el ámbito jurídico penal puede y debe ser apreciada de oficio, en cualquier fase o momento del procedimiento, incluso en trámite de recurso de casación (STS 7.febrero.1991), sin que necesariamente haya de articularse como artículo de previo pronunciamiento”*⁶³.

Por consiguiente, no se trata únicamente de que no exista obstáculo en nuestro ordenamiento para que sea apreciada de oficio en cualquier etapa procesal, incluyendo naturalmente durante la tramitación del recurso de casación. Resulta preceptivo aplicarla en cualquier momento en que concurra, dando traslado a las partes en aras a la tutela judicial efectiva y evitar indefensión⁶⁴.

A pesar del carácter meramente revisor, de control de la aplicación de la Ley por los órganos judiciales inferiores, la posibilidad de abordar estas cuestiones nuevas en casación se hace descansar en razones de justicia material. Cerrar la puerta a tal análisis *“conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor”* (STS 821/2012, de 31 octubre).

⁶³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *“Apuntes sobre la prescripción del delito y la casación penal: Alegación ex novo, apreciación de oficio y posible incidencia durante la tramitación del recurso”*. Revista Actualidad Penal, año 1988, marginal 63.

⁶⁴ *“Aunque la prescripción aparezca como tercera cuestión o excepción objeto de artículo de previo pronunciamiento (art. 666 LECrim.), la jurisprudencia... se decanta en el sentido de que dicha naturaleza material del instituto traza una clara divisoria entre dicha prescripción y la civil: operando aquélla sobre el delito mismo, más bien se asemeja en sus efectos a la caducidad, y en todo caso, **ha de apreciarse, incluso de oficio, en cualquier momento**, como perteneciente al orden público, lo que implica también la posibilidad de que se alegue en la propia vista de casación”* (Ss.TS. 4.octubre.1934, 5.febrero.1948, 30.noviembre.1963, 1.febrero.1968, 7.abril.1973, 22.febrero.1985 y 21.septiembre.1987, entre otras).

Vid al respecto, PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *“Hacia una reinterpretación de la prescripción penal”*. Actualidad Penal, 1998, núm. 20.

G.3) Alcance de la adhesión en casación.

La parte del proceso que se hubiera aquietado con la resolución recurrida en casación ostenta la facultad de adherirse al recurso formulado por la otra parte. Así se desprende del art. 873 LECrim., que establece que puede adherirse en el plazo de la personación⁶⁵.

En cuanto a la forma, deben observarse los requisitos del propio recurso de casación.

El art. 892 LECrim. determina que contra la resolución de la Sala admitiendo o denegando la admisión del recurso y la adhesión no se dará ningún otro. El art. 893 alude a la admisión tanto del recurso cómo en su caso de la adhesión, a efectos de señalamiento de vista.

Se discute el alcance de la adhesión. ¿Puede el recurrente adhesivo sostener pretensiones heterogéneas del recurso principal? ¿Puede predicarse autonomía de la adhesión respecto al recurso principal?

Las modificaciones operadas en el procedimiento de apelación ante el Tribunal del Jurado, condujo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo al siguiente acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de 27 de abril de 2005:

«Se acuerda admitir la adhesión en casación, supeditada en los términos previstos por la Ley del Jurado, arts. 846 bis b), bis d) y bis e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

El Pleno barajó las tres alternativas posibles en la interpretación de la adhesión⁶⁶: la más estricta, limitando la adhesión al mismo sentido del recurso principal (coincide o le apoya). La más amplia, acogida por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil que permitía la subsistencia de la adhesión aunque se hubiera desistido del recurso principal. O una intermedia, recogida en la Ley del Jurado, cuando regula el recurso de apelación supeditado, en el cual el desistimiento del principal recurrente provoca la finalización de todo el procedimiento, y con ello del trámite de adhesión.

Dicho acuerdo se plasmó en la STS 577/2005, de 4 de mayo. Contempla el supuesto de un médico absuelto en la instancia, por considerar atípica su conducta, luego condenado en casación sin que en dicho trámite hubiera esgrimido la defensa del acusado la presunción de inocencia, defendida ante la Audiencia Provincial.

El Tribunal Constitucional en STC 50/2002, de 25 de febrero, desestima la pretensión de amparo porque no se había intentado la adhesión. Si se hubiera planteado y el Tribunal Supremo la hubiera

⁶⁵ Artículo 873. [Interposición del recurso de casación. Adhesión al recurso]

“En los mismos términos podrán adherirse al recurso las demás partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 861, o en trámite de instrucción” (art. 861, último pº)

“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 motivos que le convengan”.

⁶⁶ Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, A., op. cit. págs. 3 y ss.

rechazado en aplicación de la posición más restrictiva al configurar la adhesión, el Tribunal Constitucional lo habría estimado, dado que la indefensión habría sido clara, puesto que se hubiera resuelto sin abordar la cuestión relativa a la presunción de inocencia, precisamente por la restricta interpretación de la adhesión.

Esta sentencia, en consecuencia, que parte del Pleno no jurisdiccional citado, impone, como mínimo, nuevas orientaciones en materia de adhesión al recurso de casación, conllevando la rectificación formal de la clásica postura del Tribunal Supremo que negaba la posibilidad de adherirse a un recurso de casación por motivos diferentes de los aducidos por el recurrente principal.

La antedicha STS 577/2005, resume la posición tradicional de la Sala, y reorienta la interpretación de la adhesión:

«...Conocida es la posición tradicional de esta sala, singularmente restrictiva en esta cuestión, como acabamos de decir en una reciente sentencia dictada en el recurso 1208/2003 con fecha 23.3.2005, con cita de otra nuestra anterior de 10.3.2000 que se expresa en los siguientes términos: “la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que deba referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común 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 ejercerlo había caducado”.

En el mismo sentido se han pronunciado otras muchas sentencias de este mismo tribunal, como las de 2.2.98, 23.6.99, 10.7.2001 y 6.3.2002.

No obstante conviene decir aquí que esta doctrina jurisprudencial aparece matizada en otras sentencias de esta sala como las de 6.3.95, 19.10.2000, 18.2.2004 y la que acabamos de citar de 15.3.2005.

*En una reunión plenaria de esta sala, celebrada el 27 de abril de 2005, hemos acordado adoptar un **nuevo criterio más amplio** en esta materia amparados en dos sentencias del Tribunal Constitucional..., la 50/2002 de 25 de febrero y la 148/2003 de 14 de julio, en las que se rechazan sendos recursos de amparo por la circunstancia de que la parte recurrida en un recurso de casación penal no planteó la adhesión, diciendo que, si se hubiera planteado y el Tribunal Supremo lo hubiera rechazado conforme a su postura tradicional sobre este mecanismo procesal, el alegato de indefensión del recurrido podría haber prosperado.*

Lo que ocurrió en estos dos casos es que dicha parte recurrida no planteó la mencionada adhesión y esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no tuvo que pronunciarse al respecto...

De otro lado, la interpretación amplia que se propuso y se aceptó en este Pleno de 27.4.2005 tiene su respaldo en los términos en que aparece redactado el último párrafo del art. 861 LECrim. que dice así a propósito del recurso de casación penal:

“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 motivos que le convengan”.

Esto es, se autoriza al recurrido a articular un recurso de casación no preparado ante la Audiencia Provincial, aprovechando el trámite dado al formulado

por la parte recurrente. Dice esta norma procesal: “**alegando los motivos que le convengan**”, es decir, los que le favorezcan a él en su postura procesal en defensa de sus propios intereses que lógicamente han de ser contrarios a los de la parte recurrente.

Ocurre aquí, y esta es la raíz del problema, que el término “adhesión” utilizado por el legislador no es adecuado, sino equívoco, como ha puesto de manifiesto la doctrina. Adhesión viene de adherir que significa “estar unido, pegar una cosa a otra”. Esta es la razón por la cual en las recientes modificaciones procesales ya no se utiliza este término (adhesión): art. 846 bis b), **846 bis d)** y 846 bis e) LECrim., introducidos por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, reguladores del Tribunal del Jurado, que hablan de “recurso supeditado de apelación”; y también la nueva LECiv. 1/2000 (...) en su art. 461.1 que dice “impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable”.

Conviene añadir aquí que es principio fundamental en materia de recursos devolutivos, a fin de evitar aquellos que pudieran plantearse simplemente para dilatar la ejecución de una sentencia firme, el que quien recurre sepa que, si lo hace, puede verse perjudicado en la decisión final, pues el hecho de recurrir puede ocasionar que lo haga también la parte contraria alegando lo que le convenga en beneficio de su propia postura procesal...». (F.J. 11º).

Los argumentos que hacen inviable la pretensión de las partes acusadoras de formular una adhesión autónoma, con motivos independientes, una vez que consintieron inicialmente la sentencia, descansa, entre otros, en los siguientes argumentos⁶⁷:

- La doctrina clásica del Tribunal Supremo que veda dicha posibilidad.

- El derecho fundamental propio y exclusivo del condenado a la revisión de la condena por Tribunal Superior, no puede verse condicionado como consecuencia indirecta de que su ejercicio pudiera agravarse de permitirse a la parte acusadora la formulación de una adhesión heterogénea.

El derecho, propio y exclusivo del condenado, a la revisión de la condena, no puede quedar condicionado por la eventualidad de una adhesión que pudiera perjudicarlo.

La admisión de un irrestricto recurso de adhesión autónomo, conllevaría en cierto modo la vulneración de la proscrita *reformatio in peius*.

-La jurisprudencia reciente, emanada tras el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27.mayo.2005.

No puede equipararse sin más la adhesión en el ámbito de la casación penal a la existente en otros órdenes. Precisamente, porque la admisión de dicha posibilidad en términos amplios condicionaría sobremanera el derecho a la remisión de la condena penal del art. 14.5 PIDCP.

No cabe confundir los términos adhesión y recurso supeditado, introducido éste en el momento procesal y en los procedimientos en los

⁶⁷ Resumidos por REDONDO HERMIDA, A. “El recurso supeditado de casación en la reciente jurisprudencia penal”, La Ley Penal, 68, febrero 2010.

que, hasta ahora, ha considerado oportuno el legislador. La adhesión, en los términos en que actualmente se configura no puede ser concebida como recurso autónomo ni independiente, ni como nueva oportunidad a quién inicialmente consintió la resolución recurrida, para formular nuevo recurso.

La parte acusadora que no haya recurrido la sentencia o resolución combatidas podrá adherirse al recurso formulado por la otra parte acusadora (pública, particular o popular) pero no articular nuevos motivos.

En este sentido, STS de 20.marzo.2007, que rechaza la interposición de un nuevo recurso de casación, por la acusación particular, en el trámite de impugnación a los formulados por el Ministerio Fiscal y el acusado, cuando no lo había preparado: *“De ello se desprende el error en que ha incurrido... En lugar de responder y adherirse al del Ministerio Fiscal, como había anunciado, entabla un recurso autónomo con dos motivos... **En su calidad de parte recurrida solo puede contradecir o apoyar el recurso del acusado y el del Fiscal, a este último en calidad de adherido.** El Fiscal solo formaliza un motivo, el referido a la aplicación del art. 23 del Código Penal, propugnando la estimación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en calidad de agravante, y este motivo único es el que puede reforzar con sus argumentos la acusación particular recurrida al haberse adherido a él.*

*... **Al no ser recurrente autónomo no puede añadir ningún motivo más,** por lo que el número primero en el que pretende desvirtuar la estimación por la Audiencia de una atenuante no solicitada por la defensa no puede ser objeto de consideración... Nos debemos atener exclusivamente, en su condición de parte adherida, al motivo que articula el Ministerio Fiscal, que corresponde al segundo de la acusación particular, entendiéndolo como argumento de refuerzo y no como recurso autónomo por parte de quien se aquietó en su momento a la sentencia recaída en la instancia, una vez le fue notificada...*

*... No varían las cosas por otorgar al escrito impugnativo el carácter de recurso supeditado, como autoriza la Ley del Jurado (art. 846 bis b), pues aunque constituyese un recurso condicionado al mantenimiento del suyo por el recurrente, **será preciso en todo caso que la materia sobre la que verse tenga relación directa o indirecta con el recurso al que se supedita** (Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 25 de abril de 2005) y en este caso en relación al motivo primero no la había...”*

En consecuencia, tal como concluye **REDONDO HERMIDA**, al analizar dicha sentencia, el recurso supeditado de casación debe versar sobre materia directa o indirectamente relacionada con el recurso principal. En caso contrario, debe ser inadmitido.

Ello no obsta a que la parte acusadora deba prestar especial atención al resto de argumentos contenidos en la sentencia o pueda, vía impugnación, hacer valer otros argumentos, que manen de la propia resolución recurrida, en pro de la confirmación del fallo condenatorio o de otros pronunciamientos que pudieran convenirle.

La parte recurrida debe tener presente que no puede analizar el Tribunal Supremo otros pronunciamientos que los sometidos a su consideración, aún vía impugnación. El objeto se integrará por las pretensiones de las partes, a través del recurso y de su impugnación, que

acotan el conocimiento por el órgano judicial encargado de la resolución del recurso.

La cuestión se complica, apunta **MARTÍNEZ ARRIETA**⁶⁸ en los supuestos de estimación de una impugnación que afecta a terceros no recurrentes o los supuestos de nulidad de prueba con efectos en otras (conexión de antijuricidad) cuya causalidad se discute por el recurrente, o en aquéllos otros en los que la causa ha sido seguida en varias instancias del conocimiento del hecho, por ejemplo, en causas ante el Tribunal del Jurado. La STS 205/2004, de 18 de febrero, contempla el supuesto de una sentencia condenatoria en el que el Tribunal de instancia declaró la nulidad de una intervención telefónica, fundando la condena en otros medios probatorios que consideró desconectados de la nulidad declarada. El Ministerio Fiscal puede no estar conforme con el razonamiento del Tribunal sobre la nulidad acordada y la conexión con la prueba irregular. Sin embargo, no puede recurrir la sentencia porque carece de gravamen para plantear ante la casación su discrepancia con la argumentación empleada por el Tribunal de instancia para alcanzar la condena. El condenado recurre en casación, manteniendo la conexión de la prueba declarada con la nula declarada por el Tribunal. El objeto del recurso es el interpuesto por la defensa del acusado, y se contrae a determinar si la prueba tenida en cuenta por el Tribunal es legítima y a esa pretensión hemos dado respuesta en sentido negativo. Señalado lo anterior, cabe preguntarse si en estos supuestos la contraparte puede incorporar al objeto del recurso sus argumentaciones, en trámite de audiencia, para analizar en primer lugar el alcance de la irregularidad de la injerencia, si era vulneradora del derecho fundamental sustantivo o de la disciplina de garantía de la completa diligencia. Razona la sentencia:

“La cuestión a decidir tiene que ver con la consideración de lo que sea objeto del recurso. Al respecto caben dos posiciones. En la primera, el objeto de la casación, dado su carácter de recurso extraordinario, aparece enmarcado por el contenido de la impugnación, esto es lo que el recurrente quiere discutir respecto a la sentencia con la que está en desacuerdo, de manera que lo que no es discutido por el recurrente debe estimarse que goza de los efectos de cosa juzgada. Otra posición permite enmarcar el objeto del recurso con la impugnación realizada, la vía impugnatoria elegida, y la audiencia a las partes del recurso y esos tres elementos conforman el objeto del recurso del que conoce el tribunal de casación”.

Tras razonar que la sentencia condenatoria podía ser procedente por otras razones a las expresadas por el Tribunal de instancia, justificada en su contenido decisivo con otra motivación, el análisis de argumentos que pudieran justificar el fallo haría necesario que la parte recurrida expusiera las razones que fundamentan el fallo condenatorio, debiendo prever pudiera ser estimado el recurso formulado por el condenado en la instancia contra

⁶⁸ Op. Cit. págs. 5 y ss.

la declaración de validez de una diligencia de prueba o la ausencia, en caso de ilicitud, de conexión de antijuricidad con otras.

Continúa la sentencia:

“En los supuestos, como el presente, en los que el tribunal haya declarado una nulidad de una prueba y, no obstante condena, el Ministerio fiscal, como dijimos en la STS de 19 de octubre de 2000, “en un supuesto complejo como éste debió, sí era su interés, replantear su disensión... bien como adhesión -con una interpretación amplia de su contenido- bien el trámite de la impugnación expresando la situación descrita y los efectos de la estimación del recurso de la contraparte.

No lo hizo así y por ello esta Sentencia se contrae a lo que ha sido objeto de este recurso”. En otras palabras, la acusación debe prever el alcance de una hipotética estimación del recurso interpuesto y pese a no tener un interés en recurrir, pues el acusado ha sido condenado, ha de plantearse la posibilidad de que las pruebas que el tribunal no valora puedan ser valoradas”.

En parecido sentido, la STS 250/2004, de 26 de febrero. Se condena por tráfico de drogas a los recurrentes en la instancia, donde igualmente se declara la nulidad de una intervención telefónica practicada a solicitud policial. La condena descansa en otros medios probatorios, respecto a los cuales la defensa/recurrente en casación defiende la existencia de conexión de antijuricidad. Razona la sentencia cómo la oposición deducida en estos recursos plantea en primer término determinar el objeto del recurso. El Tribunal de instancia expulsa del procedimiento una diligencia de prueba que la acusación había presentado para acreditar el hecho, y sin embargo, llega a la condena postulada por esta parte acudiendo a otro medio probatorio que la defensa impugna en su recurso de casación, defendiendo su relación casual con la nula, y no pudiendo en consecuencia ser valorada (art. 11.1 LOPJ). La posibilidad de que el acusado, condenado en la instancia, articule una impugnación coloca en situación difícil a la contraparte (la acusación en el caso contemplado). La parte que ha mantenido la acusación en el enjuiciamiento ve que su pretensión ha sido estimada y carece de gravamen para formalizar una impugnación cuando la sentencia es condenatoria, pero basada en una argumentación que no comparte o que, aún compartiendo, entiende que existen otros fundamentos más claros para la condena que solicitó en la instancia para la condena. Puede prever que la impugnación puede ser estimada, y sin embargo tiene que solicitar la desestimación del recurso, aunque no esté de acuerdo con la argumentación sostenida en la condena, e, incluso, puede estar de acuerdo con el recurrente en la pretensión deducida en su casación y, sin embargo, estima que la condena es procedente con otra argumentación u otra valoración de la prueba.

La STS 1618/2000 de 19 de octubre, y el auto de 29.marzo.2001 -que rechaza la pretensión de nulidad deducida por el Ministerio Fiscal contra la primera-, contempla el alcance de la adhesión en juicio seguido ante el Tribunal del Jurado, en el que se condena a una persona por delito

imprudente cuando la acusación pretendía condena por delito doloso. El Ministerio Fiscal recurrió en apelación, denunciando un quebrantamiento de forma y varios motivos de fondo, postulando la condena por delito doloso. El Tribunal Superior de Justicia estima el quebrantamiento de forma, anulando el juicio, sin entrar en las cuestiones de fondo. El acusado recurre en casación, defendiendo la corrección del juicio realizado. Se estima su recurso, concluyendo la improcedencia de repetir la celebración de juicio. La Sala Segunda razona qué efectos deben derivar del anterior pronunciamiento (si la remisión al TSJ para que entre a analizar las cuestiones de fondo que la acusación adujo en su recurso, o si pasa a resolverlos directamente el Tribunal Supremo, evitando la consiguiente demora en la resolución definitiva del proceso).

El auto de 28.marzo.2001, que desestima la pretensión de nulidad del Ministerio Fiscal ante la indefensión que le producía la sentencia, al haber optado por entrar a resolver las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente, tras resolver el quebrantamiento de forma (validez del juicio celebrado ante el Tribunal del Jurado, sin acudir a la técnica del reenvío), razona: ante la situación planteada por el recurrente, cuestionando la aplicación de la norma que decretaba la nulidad del juicio, ante la eventualidad de la estimación del recurso *“el Ministerio Fiscal debió representarse las consecuencias de una hipotética estimación del recurso interpuesto, como hizo la recurrente, que tras la formulación de su oposición casacional a la nulidad declarada por el TSJ, replantea su disensión contra un particular de la sentencia impugnada, de tal manera que es disensión enmarca el contenido del objeto del recurso”*.

En similar sentido se pronuncia la STC (Sala Segunda) 16/2011, de 28 febrero. Ante sentencia absolutoria, tras afirmar que ni la LECrim ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacen colegir la imposibilidad de recurrir una sentencia absolutoria, recalca cómo el demandante gozaba de diferentes vías para exponer ante el Tribunal Supremo los defectos que denuncia de la Sentencia de primera instancia: si consideraba que la valoración y fijación de hechos efectuada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona resultaba contraria a sus intereses podía, vía ya art. 849.2 de la LECrim, ya art. 851.1 LECrim, haber interpuesto un recurso de casación, sin que el tenor literal del art. 854 LECrim establezca expresamente la imposibilidad de recurrir una sentencia absolutoria. En segundo lugar, *“podría haber aprovechado el escrito de impugnación formulado para llamar la atención sobre los defectos que consideraba presentes en el relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial. A este respecto, debe ponerse de relieve que el recurrente, en el escrito de impugnación que sí presentó, solicitó la confirmación íntegra de la Sentencia absolutoria, sin hacer mención alguna a tales deficiencias. Y en tercer lugar, tenía también a su disposición la posibilidad de adherirse*

al recurso de casación presentado por la parte acusadora para, de ese modo, poner de manifiesto ante el Tribunal Supremo los defectos en la concreción de los hechos probados en la resolución del órgano a quo que, a juicio del demandante, han dado lugar a la condena. Tampoco respecto de esta última opción establece la Ley óbice alguno, pues el art. 861 LECrim, en su último inciso, faculta a la parte que no haya preparado el recurso a adherirse al formulado por la otra «alegando los motivos que le convengan». Además, y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal (...) (citando las SSTS núm. 577/2005, de 4 de mayo, o 147/2009, de 26 de febrero), merece destacarse que el Tribunal Supremo ha dado un importante giro a su tradicional y restrictiva comprensión de la casación adhesiva, acogiendo, desde el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 27 de abril de 2005 (...) una interpretación extensiva sobre el alcance aplicativo de la misma, con la que se admite la interposición de un nuevo recurso de casación adhesivo aprovechando el trámite dado al formulado por la parte recurrente, pero sin quedar constreñido a los motivos de casación formulados por la otra parte”.

G.4) Agilización de la tramitación de casación. Disfunciones. Acumulación.

El cúmulo de recursos de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo constituye, ciertamente, un grave problema, con merma del derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes interesadas, que ven vulnerado su derecho a que sus pretensiones sean resueltas en un marco temporal aceptable.

La agilización del trámite, a costa de limitar las posibilidades de recursos o ensanchando el campo de la inadmisión, no deben constituir, al menos, en exclusiva, la única medida a adoptar.

Con urgencia es preciso abordar la situación derivada de la instauración, v. gr., de la apelación en procedimientos seguidos ante el Tribunal del Jurado. La norma procesal debe contemplar expresamente la posibilidad de que la Sala Segunda, al conocer del recurso de casación, pueda entrar en el análisis de las cuestiones de fondo, siempre que le sean planteadas, cuando confluyan motivos de infracción de ley y quebrantamiento de forma, limitando el reenvío al Tribunal Superior de Justicia a los supuestos estrictamente necesarios.

La entrada de vigor de la Ley del Tribunal del Jurado conllevó la recurribilidad de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia al resolver la apelación contra las sentencias del Tribunal del Jurado. Esta nueva posibilidad se integra “*en un sistema preexistente sin*

*regular las especificaciones propias de un sistema de doble instancia*⁶⁹.

En caso contrario, podrían recurrirse en casación varias veces una sentencia ya apelada ante el Tribunal Superior de Justicia, con la eventualidad de un exagerado número de recursos que conlleven vulneración del derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

Primando singularmente la naturaleza de la casación como recurso de unificación de doctrina, nada impediría igualmente la acumulación de recursos pendientes de resolución, como acontece en otras jurisdicciones.

G.5) ¿Vinculan las pretensiones de las partes al Tribunal de Casación?

¿Rige el principio acusatorio con todas sus consecuencias en sede de casación? ¿Limitan las pretensiones de la parte acusatoria la decisión del Tribunal Supremo? ¿Puede imponer, v. gr., el Alto Tribunal pena superior a la solicitada por la acusación al recurrir en casación o impugnar el recurso formulado por otra parte? ⁷⁰

Aborda la cuestión la STS 859/2013, de 21 de octubre (Pte. **Del Moral García**).

La sentencia mantiene la aplicación de la agravante de reincidencia -pese a no figurar en el *factum* los antecedentes necesarios para aplicarla- a pesar de que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, se adhirió, planteando como nuevo motivo -no esgrimido por el recurrente- la inaplicación de la agravante de reincidencia. La Sala, mediante voto mayoritario, mantiene la agravante.

La sentencia se pregunta “*¿Es posible rechazar un motivo de casación de la única acusación promovido en beneficio del penado? ¿En qué medida juega el principio acusatorio en casación?*”.

Tras analizar el alcance del principio acusatorio en sede de recursos, singularmente en casación, con cita de las Ss.TC 123/2005, de 8 de junio y 187/2005, de 4 de julio, que avalan la opinión de la mayoría, concluye que no debe entenderse vinculado el Tribunal de casación por la concreta pretensión acusatoria planteada en sede de recurso por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora.

El deber de congruencia entre acusación y fallo lo refiere en exclusiva a la pretensión punitiva concretada en los escritos de calificación definitiva. Mantiene que “*los órganos judiciales penales -razona la comentada STS 859/2013- mantienen la posibilidad de un pronunciamiento de oficio e incluso en contra de las pretensiones de las partes sin comprometer con ello su posición de imparcialidad por la*

⁶⁹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., op. Cit., pág. 12 y ss.

⁷⁰ Resume la cuestión brillantemente MUÑOZ CUESTA, Op. cit., “*El principio acusatorio en casación...*”

asunción de funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas”.

El recurso de casación -razona la mayoría- *“es un recurso de cognición restringida que cumple una función revisora, incidiendo en que está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en derecho del obrar judicial”*, destacando igualmente que a través de este recurso en la actual configuración del proceso, cumple con el derecho del justiciable de someter el fallo condenatorio a un Tribunal superior.

Al configurarse el recurso de casación como un *“modelo de estricta revisión de legalidad de la resolución impugnada (...) lo que se ventila (...) no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial. (...) El objeto del pronunciamiento en este recurso no es una pretensión punitiva, sino precisamente la conformidad a derecho de dicha calificación”*.

Prima, en definitiva, la sentencia la naturaleza del recurso de casación como revisión de la aplicación del derecho por el Tribunal *a quibus*, frente a un rígido mantenimiento de las consecuencias del principio acusatorio, que no rigen en sede de recurso.

El voto particular, formulado por el magistrado Sr. **MAZA MARTÍN**, alzaprima y defiende un ejercicio de la jurisdicción plena y exigiblemente neutral, *“en la que no se someta el pronunciamiento judicial a ese principio de oficialidad, en detrimento de su compromiso con la referida neutralidad”*.

Sitúa en primer lugar el deber de neutralidad, e incluso la proscripción de imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones, por encima de la mera función de revisión de la aplicación de la ley en la primera instancia.

Consideramos que, no existiendo una auténtica doble instancia en aquellos procesos por delitos en los que la Audiencia Provincial resuelve en primera instancia, la casación viene asumiendo posiciones más allá de la mera comprobación del ajuste de la sentencia de primera instancia a la ley sustantiva y procesal. Si ello es así, nada impide primen, como garantía inherente al proceso justo, las exigencias derivadas del principio acusatorio. Singularmente, la neutralidad del Tribunal en cualquiera grado de jurisdicción, sobre la exclusiva función de control de la actividad del órgano judicial inferior.

IV. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL. LA SEGUNDA INSTANCIA Y EL RECURSO DE CASACIÓN.

El Anteproyecto de Código Procesal Penal (ACPP) persigue, como es lógico ante nuevo y completo texto legal, poner fin a las incongruencias del sistema. La situación actual contempla una Ley de Enjuiciamiento Criminal, que data de 1882, desistematizada por mor de las múltiples reformas que, sin orden ni concierto, han venido parcheándola. Una Ley de Enjuiciamiento Criminal que conserva su plena validez y actualidad en cuanto a principios y derechos que consagraba, de obligada observancia en el Derecho Procesal Penal. Basta leer con atención su exposición de motivos y los principios que ya primaba el legislador decimonónico.

El ACPP aparece dividido en siete libros, conformados por 707 artículos. Es un proyecto enormemente ambicioso que no puede separarse del proyectado propósito de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

No cabe olvidar esfuerzos anteriores, ante la incapacidad política de elaborar un nuevo texto completo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal/ Código Procesal Penal acorde con los valores que emanan de la Constitución de 1978.

Entre otros, cabe mencionar el Anteproyecto de Ley Orgánica de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal⁷¹.

En sede de recurso, con la pretensión de integrar sus previsiones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, consagra el derecho a la doble instancia penal⁷².

Realza la prohibición de la *reformatio in peius*⁷³.

Abandonado el propósito de seguir adelante con este Anteproyecto, las novedades que en sede de recurso introduce el ACPP son importantes. Se describen en el apartado octavo de la exposición de motivos⁷⁴, en síntesis:

⁷¹ Publicado en “*Anteproyectos de Ley para un nuevo procesal Penal*”. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 2011.

⁷² “Artículo 14. Derecho a la doble instancia penal

1. El condenado tendrá derecho a recurrir en apelación para obtener de un tribunal superior la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho resueltas en la sentencia de primera instancia que le sean perjudiciales.

2. No podrá pedirse la revisión cuando la sentencia haya sido dictada tras la conformidad del acusado ni cuando haya sido juzgado en única instancia por el Tribunal Supremo o cuando haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.”

⁷³ “Artículo 15. Prohibición de *reformatio in peius*

La situación jurídica del recurrente no puede verse empeorada exclusivamente como consecuencia de su propio recurso.”

A parte la situación jurídica del recurrente no puede verse empeorada exclusivamente como consecuencia de su propio recurso.

⁷⁴ Vid. Al respecto “**SOLAZ SOLAZ, E.:** “*Los recursos ordinarios en el anteproyecto del Código procesal penal*”. La Ley Penal, núm. 106, enero-febrero 2014, págs. 3 y siguientes. Y “**GONZÁLEZ GARCÍA, JA.:** “*La segunda instancia penal en el borrador de Código Procesal penal de 2013*”, la Ley Penal, 104, septiembre-octubre 2013.

- Los recursos y la revisión de sentencias firmes se regulan en el Libro VI (artículo 559 á 633).

Incorpora los siguientes títulos:

- TÍTULO I.- Disposiciones generales sobre los recursos.

- TÍTULO II.- Recurso de revisión contra decretos del secretario judicial.

- TÍTULO III.- El recurso de reposición.

- TÍTULO IV.- Queja contra la inadmisión de recursos.

- TÍTULO V.- Recurso de apelación contra autos.

- TÍTULO VI.- Recursos contra sentencias.

Dividido en tres capítulos:

- CAPÍTULO I.- Disposiciones generales.

- CAPÍTULO II.- **RECURSO DE APELACIÓN.**

- CAPÍTULO III.- **RECURSO DE CASACIÓN.**

Subdividido a su vez en:

- SECCIÓN 1ª.- RESOLUCIONES RECURRIBLES Y MOTIVOS DEL RECURSO.

- SECCIÓN 2ª.- PREPARACIÓN DEL RECURSO.

- SECCIÓN 3ª.- INTERPOSICIÓN Y SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO.

- SECCIÓN 4ª.- ADMISIÓN DEL RECURSO Y TRASLADO A LAS DEMÁS PARTES.

- TÍTULO VII.- Proceso de revisión de sentencias firmes.

- Consagra el derecho genérico a recurrir en el art. 559 ACPP, tanto contra las resoluciones de los Tribunales como de los Secretarios Generales. Se limita dicha facultad al reclamar que tales resoluciones “*les afecten desfavorablemente*”. Dicho derecho aparece identificado con la posibilidad de interponer los recursos previstos en el propio Código procesal penal.

Se atribuye legitimación al Ministerio Fiscal para recurrir, siempre, en beneficio del encausado. Legitimación extensiva a los herederos de las partes y de los “*terceros que hayan sido condenados*” sin serlo.

- El art. 15 ACPP consagra el derecho a la doble instancia, al doble grado de jurisdicción (“*Todas las sentencias penales podrán ser revisadas por un Tribunal superior a través del recurso de apelación legalmente establecido, salvo las excepciones previstas por la Ley en las causas contra aforados*”).

Esta generalización de la segunda instancia en el proceso penal constituye novedad esencial del ACPP.

- Establece un sistema unitario de recursos, equiparándolo al existente en el proceso civil. Adopta su terminología (“*reposición*” y no “*recurso de reforma*”). Aplica supletoriamente las normas de la legislación procesal civil, por la remisión genérica del art. 20.2. Hace propias las

normas relativas al lugar y tiempo de actuaciones procesales, plazos y términos,...

Incorpora definitivamente el recurso supeditado: las partes que pudiendo hacerlo no han preparado o formalizado el recurso, pueden adherirse y formalizar su recurso supeditado con autonomía.

- El ACPP distingue entre recursos propiamente dichos y otros medios de impugnación / revisión de sentencias firmes arts. 623/633.

Incorpora en consecuencia, las siguientes modalidades de recursos:

- Recursos de revisión contra decretos del Secretario.

- Reposición (el equivalente al actual de reforma).

- Queja.

- Apelación.

- Casación.

- Dispone, como norma general, la irrecurribilidad de las resoluciones sobre competencia (art. 40).

- Incorpora definitivamente el recurso supeditado: las partes que, pudiendo hacerlo, no han preparado o formalizado el recurso, podrán adherirse y formalizar su recurso supeditado con autonomía (art. 561: *“haciendo valer sus propias pretensiones dentro del plazo concebido para impugnar o adherirse al recurso”*).

De formularse tal recurso supeditado, debe aperturarse nuevo plazo, para contestar o impugnar el recurso principal para que el resto de partes puedan impugnar o adherirse al recurso supeditado. Con idéntica duración a la prevista para formular el recurso principal.

De esta previsión no debe colegirse la limitación del derecho del condenado a que la condena y el fallo sean revisados por un Tribunal superior, a la vista de la generalización de la segunda instancia en el sistema procesal penal que instaura el ACPP.

La competencia para conocer los recursos se regula:

- Con carácter general en el art. 39. Su apartado 3º mantiene la competencia para el conocimiento del recurso de casación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

- Art. 580. Determina los órganos competentes para el conocimiento de los recursos de apelación contra autos⁷⁵.

⁷⁵ *“Son competentes para el conocimiento de los recursos frente a los autos:*

1.- *Las Salas de Apelación de los Tribunales de Instancia respecto a los dictados por los Tribunales de Garantías o de Juicio o de Ejecución de la demarcación.*

2.- *La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional respecto a los dictados por los Tribunales de Garantías o de Juicio o de Ejecución de la Audiencia Nacional.*

3.- *La Sala de Apelación de los Tribunales de Instancia respecto a los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado.*

4.- *La Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia constituidas como Tribunal de Apelación frente a los autos dictados por el Tribunal de Garantías en las causas contra aforados.*

5.- *La Sala Segunda del Tribunal Supremo constituida como Tribunal de Apelación respecto a los dictados por el Tribunal de Garantías de la misma Sala.”*

- El art. 588. Determina los órganos competentes para el conocimiento de los recursos frente a las sentencias⁷⁶.

- El art. 625 ACPP. Mantiene la atribución a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para conocer siempre del proceso de revisión contra sentencias firmes. Únicamente procede contra sentencias condenatorias o las que impongan alguna medida de seguridad (art. 624 ACPP).

- El art. 118, se remite, a efectos de cómputo de plazos procesales, a los arts. 135⁷⁷ y 136 Ley de Enjuiciamiento Civil.

A efectos de cómputo del plazo para presentación de recursos e impugnaciones o alegaciones frente a los mismos, excluye los días inhábiles⁷⁸ en todas las fases del proceso, salvo cuando se trate de un recurso contra un auto de prisión provisional o “*cuando se acuerde lo contrario por razones por razones de urgencia o del Tribunal en resolución que expresamente lo prevea*”.

El término *a quo* para el cómputo del plazo en cualquier tipo de recurso de contará desde la fecha de la notificación de la resolución –no aclarando si notificación a la parte o la última a cualquier parte del proceso–, en el caso de aclaración o integración de la sentencia, desde su resolución (art. 560 ACPP).

Respecto a la notificación al Ministerio Fiscal, el art. 116 ACPP se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 151.2 establece que los actos de comunicación, al igual que acontece respecto a la abogacía del

⁷⁶ “Son competentes para el conocimiento de los recursos frente a las sentencias:

1º.- Las Salas de Apelación de los Tribunales de Instancia respecto a las dictadas por los Tribunales de Juicio de la demarcación y por el Tribunal de Jurado.

2º.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional respecto a las dictadas por los Tribunales de Juicio de la Audiencia Nacional.

3º.- La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo respecto a las sentencias dictadas en primera instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las causas contra aforados.”.

Atribuyen la competencia para el conocimiento de los recursos de apelación deducidos contra las sentencias de conformidad de los Tribunales de Garantías a las Salas de Apelación de los Tribunales en los que los anteriores se integren.

⁷⁷ Asumiendo el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado en reunión de 24 de enero de 2003.

⁷⁸ Plasmando en parte la doctrina jurisprudencial, plasmada entre otras en la STC 133/2000 de 16 mayo: “tratándose de las causas criminales, la especialidad en materia de cómputo de plazos procesales, de conformidad con el art. 184 LOPJ, se limita a los actos de instrucción, pareciendo razonable la interpretación de que tal especialidad alcance no sólo a los actos de investigación y aseguramiento en sentido estricto, sino a cuantos actos procesales se lleven a cabo durante la fase destinada a esos fines, pero sin que pueda extenderse a otros actos realizados fuera de ella, lógicamente.

Por ello queda referido el concepto de instrucción a aquellos actos procesales que, como señalan las SSTC 145/1988, de 12 de julio, F. 7, y 32/1994, de 31 de enero, F. 5, tienen por objeto la finalidad contemplada por el art. 299 LECrim, esto es, la preparación del juicio, por medio de actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, sus circunstancias y la culpabilidad de sus autores, así como a asegurar sus personas y sus responsabilidades pecuniarias”.

Sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por interpretaciones arbitrarias o irrazonables del derecho de acceso a los recursos vid. igualmente Ss. [TC 314/2005 de 12 diciembre](#); [222/2003 de 15 diciembre](#); [79/2003 de 28 abril](#); [59/2003 de 24 marzo](#).

Estado y al servicio jurídico de la Administración de la Seguridad Social, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en resguardo acreditativo de su recepción. Debe tenerse en consecuencia por fecha de recepción la de entrada del procedimiento o resolución en la Fiscalía, y desde entonces computa el plazo.

El art. 562 establece la facultad de todo recurrente de desistir de su recurso antes de que sea resuelto. En caso de ser varios los recurrentes, la resolución no adquiere firmeza, pero se tienen por abandonadas las pretensiones de impugnación.

El desistimiento del recurso principal conlleva el decaimiento del recurso supeditado, al modo previsto en el art. 846 *bis* d), último párrafo, LECrim.

- Se insiste en la prohibición de la *reformatio in peius*. La situación del recurrente no pueda empeorar como consecuencia exclusivamente de su propio recurso (art. 564 LECrim.). Podrá resultar perjudicado en méritos de los recursos formulados por otras partes, incluyendo el supeditado.

Se regula con carácter general el efecto extensivo de todos los recursos, para las partes pasivas que no hubiesen recurrido (art. 565).

El art. 566 regula el efecto suspensivo que provoca el recurso contra sentencias. Deja salvo la posibilidad de ejecución provisional de las responsabilidades civiles, hoy prevista en el art. 989 LECrim., en su redacción dada por LO 7/2003, de 30 de junio.

Los recursos contra resoluciones distintas únicamente tendrán efectos suspensivos cuando expresamente se prevea, sin perjuicio de que el recurrente, excepcionalmente, pueda solicitar y obtener del órgano encargado de la decisión del recurso, total o parcialmente, dicho efecto.

La competencia en materia de medidas cautelares, ínterin se tramita el recurso, se mantiene en el órgano que hubiese dictado la resolución recurrida (art. 567).

Se faculta al órgano judicial, en caso de que se acuerde la celebración de vista para la decisión del recurso, para indicar a las partes, bien en la resolución acordando la celebración de la vista, bien a su inicio, centren en su intervención en alguno o algunos de los aspectos concretos de los implicados en el recurso (art. 569).

- La **generalización de la segunda instancia** en el ACPP, traerá sus propias consecuencias en la naturaleza y alcance del recurso de casación. En el mapa actualmente vigente, el proceso ordinario por delitos graves, y el proceso abreviado competencia de las Audiencias Provinciales, se configuran como procesos de única instancia, con posible casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mientras que el procedimiento abreviado por delitos graves y el juicio de faltas son procesos de doble instancia sin casación.

En el sistema previsto por ACPP todas las sentencias penales podrán revisadas por un Tribunal Superior a través del recurso de apelación que incorpora, salvo las excepciones previstas legalmente en causas contra aforados.

Contra las sentencias de apelación cabrá recurso de casación por alguna de los algunos de los motivos que establece el art. 605 ACPP.

Ante la problemática de recursos de apelación o casación ante sentencias absolutorias se opta por una fórmula intermedia, que resume la exposición de motivos:

“Se ha buscado una fórmula intermedia: mantener la posibilidad de recurso contra sentencias absolutorias por razones de prueba pero introduciendo correctivos. El clásico motivo de error en la valoración de la prueba solo cabrá contra sentencias condenatorias. Pero en apelación las sentencias absolutorias podrían ser anuladas para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable con arreglo a elementales máximas de experiencia.”.

El recurso de casación en el ACPP 2013.

La generalización de la doble instancia conlleva imprescindiblemente la remodelación de la casación. Ante un proceso generalizado de doble instancia, se sigue permitiendo el acceso a la casación si concurre alguno de los motivos previstos. Ésta dejará de asumir los fines que, por ausencia, se residencian en la apelación.

Se persigue que el recurso de casación cumpla su función clásica de unificación del procedimiento, permitiendo el acceso de todas las materias penales sustantivas, limitadamente las cuestiones procesales y constitucionales. En palabras de la exposición de motivos:

“Se ha optado por la vía intermedia de permitir la casación por infracción de ley penal sustantiva en todas las materias (sea cual sea la gravedad de la infracción y sea cual sea el tipo de resolución; también las recaídas en ejecución); y reservar el resto de los motivos (infracción procesal o de precepto constitucional) a los delitos de mayor gravedad. De esa forma, manteniéndose un recurso de casación sostenible, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales. Todos los temas penales han de contar con interpretación de la Alta instancia jurisdiccional, lo que exige paralelamente unos filtros para descongestionar las tareas del Tribunal y permitirle desarrollar su función nomofiláctica de manera plena”.

La función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene realizada por su naturaleza vinculante (art. 602 ACPP). Los órganos judiciales inferiores interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme

a la interpretación que resulten de las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Pasa en consecuencia a considerarse doctrina jurisprudencial vinculante, cual proclama igualmente el Anteproyecto de LOPJ de 2014. Si bien ello redundará en beneficio del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y a la igualdad en el trato de todo ciudadano en todo el territorio nacional (art. 14 y 139.1 CE), menoscaba el principio de independencia judicial. Jueces y Tribunales inferiores no estarán sometidos únicamente al imperio de la Ley, si no a la interpretación que de la misma efectúe la Sala Segunda. Interpretación que vinculará salvo en materias de garantías constitucionales. Exclusivamente en esta materia se permitirá al órgano judicial inferior, vía art. 163 CE y arts. 35 y 36 LOTC, discrepar de la interpretación efectuada por la Sala Segunda.

Desarrolla estas previsiones, entre otras, el art. 32 del Anteproyecto de LOPJ⁷⁹.

- Respecto a las resoluciones recurribles, el art. 600 ACPP veda la casación cuando la sentencia estimatoria de la apelación de cualquiera de los recursos se concrete en la anulación de la sentencia de primera instancia.

⁷⁹ “Artículo 32. Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo.

1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Los poderes públicos están obligados a observar la doctrina jurisprudencial vinculante en sus actuaciones.

Cuando un interesado invocare una doctrina jurisprudencial vinculante ante los poderes públicos, éstos podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión.

2. El Pleno de cada una de las Salas del Tribunal Supremo se reunirá trimestralmente para decidir cuáles de los Fundamentos de Derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieren pasar a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante.

El contenido exacto de la misma se expresará citando entrecomilladamente la parte del Fundamento Jurídico de la sentencia que constituya la doctrina jurisprudencial.

Si la cita literal del apartado concreto del Fundamento Jurídico de que se trate no fuera suficientemente expresiva del sentido de la doctrina a juicio de la Sala, ésta formulará su contenido exacto.

Si la Sala estuviese conformada por secciones, el Presidente de Sala del Tribunal Supremo y los Presidentes de las Secciones que integren la misma comprobarán que, entre las propuestas aportadas por cada Sección, no existen contradicciones, antes de someterlas al Pleno de la Sala.

El Pleno de cada una de las Salas declarará mediante acuerdo la doctrina jurisprudencial vinculante, tras oír a la Administración o Administraciones públicas que hubieran sido parte en el procedimiento, exclusivamente a los efectos de atribución de carácter vinculante a dicha doctrina.

También revestirá carácter vinculante la doctrina del Tribunal Supremo emanada como consecuencia de una cuestión jurisprudencial previa, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.

Para la adopción del acuerdo se exigirá una mayoría de al menos tres cuartas partes del número total de jueces que integran legalmente el Pleno de la Sala.

El acuerdo adoptado será remitido de inmediato por el Presidente de Sala al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial a efectos de su inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y su difusión entre la carrera judicial, produciendo efectos desde su inserción en aquél.

3. La doctrina jurisprudencial vinculante perderá tal carácter cuando el Pleno o la Sección que propuso tal doctrina modifique su criterio motivadamente y así se declare por el Pleno de acuerdo con el procedimiento establecido en este artículo”.

Con esta excepción, son recurribles en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 603) las sentencias dictadas en apelación por las Salas de Apelación de los Tribunales de Instancia y por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, así como los autos respecto a los cuales la Ley autorice expresamente recurso de casación (art. 604).

Entre éstos, cabe mencionar la posibilidad de casación contra autos de abstención para el conocimiento de asuntos en que España no tenga jurisdicción y resto de supuestos previstos en el art. 26 ACPP.

Destaca la previsión expresa de posibilidad de casación en sede de ejecución de sentencias. Se prevé contra autos desestimando el recurso de apelación en materia de prescripción de pena y responsabilidades civiles (art. 646); en materia de ejecución de penas cuando se prevea recurso de apelación entre causas contra aforados seguidas ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 648); autos en materia de ejecución tras audiencia previa a decidir sobre formas sustitutivas de cumplimiento de penas privativas de libertad (art. 651); contra autos denegando la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (art. 655) o su revocación (art. 656), o cuando se rechace la remisión definitiva de la pena (art. 657). Igualmente se prevé recurso de casación contra autos en materia de sustitución de penas (art. 660) o, fijación del límite máximo de cumplimiento (art. 666) y de unificación de penas impuestas ante delitos continuados o susceptibles de inclusión en las reglas penológicas del art. 77 del Código Penal (art. 667).

Motivos de casación

Se contemplan en el art. 605 ACPP.

Lógicamente, se reducen ante la instauración de la doble instancia.

Cuando el motivo de casación se base en infracción de precepto constitucional (actuales arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim), exclusivamente procede cuando se trate de un proceso por delitos graves (castigados con penas privativas de libertad que excedan de 5 años o con penas de distinta naturaleza cuya duración exceda de 10 años⁸⁰).

Cuando el motivo de casación invocado sea por infracción de ley sustantiva (el equivalente al art. 849.1 de la vigente LECrim) cabe recurso con independencia de la gravedad del delito. Con ello, el Tribunal Supremo sentará jurisprudencia, en relación a cualquier norma penal sustantiva, cumpliendo así su función nomofiláctica de unificación en la interpretación de la ley.

⁸⁰ Del art. 33 ACPP se desprende como los Tribunales de Juicio Colegiados son competentes para conocimiento de delitos castigados con penas superiores a cinco años de prisión, o con penas de otra naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años. Debe atenderse a la pena máxima en abstracto prevista por la ley para la persona física, incluso cuando el proceso se dirija exclusivamente a una persona jurídica.

Desaparece el error en la apreciación de la prueba (vigente art. 849.2º LECrim) así como los motivos por quebrantamiento de forma de los vigentes arts. 850 y 851 LECrim.

El error en la valoración de la prueba es objeto propio del recurso de apelación (art. 592) al igual que el derivado de infracción de normas y garantías procesales determinantes de nulidad (art. 591 ACPP).

Únicamente cuando dichos motivos conlleven la infracción de un precepto constitucional, cabrá traerlos a colación vía recurso de casación, siempre que se contemple el enjuiciamiento de delitos graves.

El art. 605 ACPP distingue entre:

- 1º. Infracción de un precepto constitucional, cuando la sentencia de primera instancia se hubiera dictado por un Tribunal colegiado.

- 2º. Infracción de cualquier norma jurídica sustantiva que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, resultando “*preciso respetar los hechos que la sentencia declare probados*”.

- Si el recurso de casación se articula con base en el art. 26.3 ACPP debe basarse en la infracción de las normas jurídicas reguladoras de la infracción.

- Si se articula contra autos dictados en fase de ejecución, susceptibles de recurso, deberán basarse únicamente en la infracción de la norma penal aplicada.

En sede de procedimiento se amplía a 10 días el plazo para preparar el recurso (art. 606), que debe interponerse en el plazo de 20 días conferido para comparecer (art. 610).

Incorpora la regulación específica de la Sala de admisión (art. 613 ACPP), simplificando las causas de inadmisión del art. 614.

La inadmisión puede ser recurrida únicamente por el Ministerio Fiscal (art. 615.5 ACPP).

- El contenido de la sentencia de casación se contempla en el art. 621 que se remite al art. 584:

- Debe resolver ordenadamente los distintos recursos y cada uno de los motivos de impugnación, principiando por aquellos que pretenden la declaración de nulidad.

No obstante, prioriza la estimación de los motivos de fondo que pudieran hacer perder sentido a los demás. En este caso, el Tribunal puede invertir el orden de resolución, atender a éstos con preferencia a los que pudieran conllevar la declaración de nulidad.

- De estimarse infracción de normas o garantías procesales, exclusivamente viable en casación cuando conlleven la infracción de precepto constitucional, se ordenará la reposición del procedimiento al estado en que se encontrara al conocerse la infracción, manteniendo la validez aquellos actos no afectados por la infracción cometida.

- Si, a instancias de alguna de las acusaciones, se declarara la nulidad de la sentencia por deficiencias en la valoración de la prueba, el Tribunal concretará si tal nulidad afecta al juicio oral.

- No cabe decretar la nulidad si no ha sido solicitada por algún recurrente.

En línea, al menos parcialmente, con lo dispuesto en el vigente art. 240.2, párrafo 2º, LOPJ, que proscribe al Juzgado o Tribunal, con ocasión de un recurso, decrete de oficio la nulidad de actuaciones no pretendida por el recurrente.

Resuelta la solicitud de nulidad, el Tribunal dictará la resolución procedente de acuerdo con las pretensiones de las partes.