



# **LA DOBLE INSTANCIA EN MATERIA PENAL. ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO**

---

*Juan C. Ortiz-Úrculo*

**Resumen:** La doble instancia en materia penal no ha estado ni se encuentra aún en nuestro ordenamiento debidamente regulada. Aún prescindiendo del alcance que los Tribunales hayan querido dar a nuestros compromisos internacionales (PIDCP) parece lógico que frente a las sentencias dictadas en delitos menos graves no deben establecerse mayores garantías revisoras (la apelación es un *novum iudicium*) que para las que enjuician la delincuencia más grave o la delincuencia vinculada a las llamadas personas aforadas. Tampoco tiene fundamento jurídico que se desnaturalice el recurso de casación con un estiramiento tal que lo convierta en una especie de apelación encubierta. Y por supuesto crea asimismo inquietud pensar en una nueva casación penal denominada “para unificación de doctrina” que pueda terminar de facto con la vigencia del mismo recurso de casación. Este artículo pretende solamente avivar el pensamiento sobre estas cuestiones.

## **DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN EN MATERIA PENAL**

### **I. *Estado actual***

El derecho a la doble instancia en materia penal ha tenido y tiene en nuestro derecho, gracias a las sucesivas y descoordinadas reformas legislativas, una formulación ciertamente sorprendente. La apelación propiamente dicha y así denominada frente a

sentencias dictadas en primera instancia solo se establece en la Ley para determinados delitos y faltas pero curiosamente los delitos más graves carecen de ella. En su lugar el legislador ha querido (o ha permitido *de facto*) que cumpla ese cometido el recurso de casación. Lógicamente esta forma de regular la segunda instancia ha provocado dudas jurídicas sobre su verdadera existencia que, aunque salvadas por nuestro Tribunal Constitucional para justificar este cometido de la casación (por todas, STC 70/2002), es evidente que no se encuentran resueltas a plena satisfacción.

Un análisis somero del recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) vigente –prescindiendo de lo establecido para los Menores (doble instancia y casación para unificación de doctrina) o para la Vigilancia Penitenciaria (doble instancia y casación para unificación de doctrina)– permite comprobar que, en relación con sentencias, está prevista la apelación únicamente contra las dictadas por el Juez de lo Penal o por el Juez Central de lo Penal en el procedimiento abreviado (art. 790); o contra las pronunciadas en primera instancia por el Magistrado-Presidente del Tribunal de Jurado (art. 846 bis a). Y también se establece la apelación contra las sentencias dictadas en juicios de faltas, bien por los Jueces de Paz bien por los Jueces de Instrucción (arts. 14 y 976).

Sin embargo, contra las sentencias que pronuncie en primera instancia (“única instancia”, dice la ley) una Audiencia Provincial o, en única o segunda instancia, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, solo se establece hoy el recurso de casación (art. 847). Obsérvese que hasta para la ley resulta anómalo que la casación sea una “segunda instancia” por cuanto se refiere a las sentencias dictadas en “única instancia” por la Audiencia Provincial o los Tribunales Superiores de Justicia como susceptibles de casación.

Aún no se ha adaptado la LECrim a la reforma introducida por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, que reformó la LOPJ y abrió

las puestas a la generalización del recurso de apelación, estableciéndolo:

a) en la AN con la creación de una Sala de Apelación (art. 64 bis) que conocerá de los recursos de esa naturaleza interpuestos frente a las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de la AN, o atribuyendo la competencia a la Sala de lo Penal de la AN cuando la apelación se plantee frente a resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción, de los Juzgados Centrales de Menores o de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria (art. 65. 5º y 6º);

b) en la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando la apelación se interponga frente a las sentencias dictadas en primera instancia por las AP.

En lo que se refiere a los aforamientos, creo que alteran y seguirán perturbando la normalidad procesal en nuestros Juzgados y Tribunales porque para ellos se atribuye la instrucción y enjuiciamiento al Tribunal Supremo (art. 57, 2º y 3º LOPJ) o a los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73.3 a) y b) LOPJ).

No es pues extraño que, a la luz de los tratados y pactos internacionales que ha firmado España, y de la pura lógica procesal, exista por muchos una resistencia a aceptar la actual situación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de recursos y de competencias en la jurisdicción penal y que el legislador haya iniciado una nueva andadura, aún no concluida, con la reforma de la LOPJ de 2003.

## II. *La casación como segunda instancia*

Para justificar el derecho del condenado a un doble grado de jurisdicción en materia penal y la inadecuación de nuestro actual recurso de casación a esa garantía, se ha esgrimido con frecuencia el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España, y

cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). También se viene señalando el art. 2 del Protocolo 7º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, con sus reformas posteriores.

El citado art. 14.5 del PIDCP dice: “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”.

Según el art. 2 del Protocolo 7º del CEDH: “1º. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un Tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ejercerse, ha de estar regulado por la ley. 2º. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, como también en los casos en que la persona haya sido juzgada en primera instancia por un Tribunal superior o haya sido declarada culpable después de un recurso contra su absolución”.

Aunque no es la primera vez que el Tribunal Constitucional aborda, en relación con nuestro ordenamiento jurídico vigente, el derecho a la doble instancia en materia penal y la aptitud del recurso de casación para garantizar ese derecho (véanse SSTC 42/1982, 37/1988 y 64/2001) sin embargo, la STC 70/2002, de 3 de abril constituye a mi juicio un buen resumen de aquella doctrina y se ha convertido en punto de referencia para cualquier análisis sobre esta cuestión, como puede comprobarse por ejemplo en las SSTC 80/2003, de 28 de abril y 105/2003, de 2 de junio, que remiten a aquella<sup>1</sup>.

1. La STC 105/2003, tras remitirse a la STC 70/2002, añade que el art. 885.1 LECrim, al prever como causa de inadmisión de la casación penal la ca-

En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de fecha 11 de agosto de 2000, en el caso Gómez Vázquez c. España, según el cual España habría vulnerado el art. 14.5 del Pacto, porque “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...) limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5, art. 14, del Pacto”.

Sin embargo, tras puntualizar que las “observaciones” del Comité se refieren a un caso concreto, que no son resoluciones judiciales pues el Comité no tiene facultades jurisdiccionales, y que no pueden tales observaciones constituir interpretación auténtica del Pacto dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo, le otorgan tal competencia, recuerda el Alto Tribunal que conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 30 de mayo de 2000, los Estados parte “conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión”. En efecto, según la STC 70/2002, FJ.7.b.2, “de la lectura del art. 14.5 PIDCP se desprende claramente que no se establece propia-

rencia manifiesta de fundamento del recurso presentado al efecto, no vulnera el contenido del art. 24.1 CE, en relación con el art. 14.5 PIDCP, pues lo único que estos preceptos garantizan es que, de acuerdo con la regulación que establezca el legislador, se arbitrará un sistema efectivo para que el Tribunal superior pueda revisar, con poderes reales de revocación, las Sentencias penales condenatorias dictadas por los Tribunales inferiores, sin que el Pacto internacional imponga que esa revisión se realice mediante un tipo determinado de procedimiento (por todas, STC 12/2002, de 28 de enero, FJ 2). En resumen, ni la regulación legal de la casación penal, ni la posibilidad de inadmisión del recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento implican *per se* vulneración del art. 24, apartados 1 y 2, en relación con el art. 14.5 PIDCP. Por tanto, en su caso, dicha vulneración sólo puede aparecer vinculada al análisis concreto de la resolución de inadmisión desde la perspectiva de su razonabilidad y proporcionalidad.

mente *una doble instancia*, sino una *sumisión* del fallo condenatorio y de la pena a un *Tribunal superior*, sumisión que habrá de ser conforme *a lo prescrito por la Ley*, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades”.

En definitiva, “existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto”.

“Tal interpretación –entiende el Tribunal– es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho)”.

En definitiva, según nuestro Tribunal Constitucional, la casación puede cumplir la función de segunda instancia porque:

“mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente 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 dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, 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 tam-

bién 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. Todo ello –como ha puesto de relieve también el propio Tribunal Supremo, Auto de la Sala de lo Penal de 14 de diciembre de 2001, FJ 7– sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, puede, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrim), posibilidad que completa el conjunto de garantías del debido proceso”.

### III. *Necesidad de una reforma; la nueva casación penal*

A pesar de toda la exposición y argumentación vista hasta ahora, otros dictámenes del Comité de la ONU, que insisten en la inadecuada manera de regular nuestro ordenamiento la segunda instancia penal, junto con la necesidad que realmente existe de ordenar el proceso penal español evitando las diferencias entre unos y otros delitos e imponiendo en todos la apelación ante los TSJ, a lo que cabe añadir la consiguiente reestructuración de los recursos de casación y amparo, están recientemente ocupando a nuestro legislador en importantes reformas legislativas, entre las que se incluye la segunda instancia.

No estaría de más que también reflexionaran los responsables de la modernización de nuestro proceso penal sobre la manera de regular las competencias en materia de aforamiento, excluyendo en todo caso al Tribunal Supremo, y también a los Tribunales Superiores de Justicia, de la instrucción de cualquier proceso penal, e incluso al Tribunal Supremo de su enjuiciamiento en cualquier instancia y a los Tribunales Superiores de Justicia, en la primera. Ni uno ni otro Tribunal han sido concebidos para ello, ni por su propia naturaleza ni por los medios de todo tipo con los que cuentan y deben contar. Bastaría, por ejemplo, con regular el *status* del magistrado de la AP (o de la Nacional), predeterminado para

instruir causas con aforado, en su caso, y atribuir su enjuiciamiento en primera instancia a una Sala, si se quiere reforzada con cinco magistrados, del TSJ (o de la AN), para que después fuera el Pleno de una o de otra la que conociera de la apelación. De esta manera el TS se mantendría en los límites que exige su verdadero carácter.

Por otro lado, parece que cuando se modifique en un futuro, cada vez más próximo, la segunda instancia en materia penal y se reforme el recurso de casación penal, este ya no será, según los proyectos conocidos, el clásico recurso de casación para fijar la “mejor doctrina”, emanada del máximo intérprete de la Ley, el Tribunal Supremo, a través de la infracción de ley y el quebrantamiento de forma<sup>2</sup>, sino que se convertirá, al parecer, en un medio para establecer la unidad y evitar contradicciones entre “la doctrina señalada por otros Tribunales”, ya no evidentemente “inferiores” al Tribunal Supremo; sean los Tribunales Superiores de Justicia o, en su caso, las Audiencias Provinciales. La nueva casación “para unificación de doctrina” –que así se quiere llamar– se convertirá por tanto en un recurso similar o parecido al que ya existe en materia laboral (recurso de casación para unificación de doctrina, en cuya preparación ha de citarse “el núcleo de la contradicción”: art. 216 y ss. LPL, RD-Leg. 2/1995) o en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 96 y ss. LJC-A 29/1998) y es previsible que obtenga, consiguientemente, parecidos resultados a los logrados en esas jurisdicciones. Si bien esta reforma del proceso penal lo que no podrá negar es que actúa sobre una importante experiencia acumulada. Personalmente reconozco que no comparto el anunciado modelo de casación, aunque será en todo caso necesario conocer su definitiva regulación para poder realizar un riguroso análisis del mismo.

2. Casación al modo que se regula actualmente por la Ley de Procedimiento Laboral en su art. 205 y ss., o por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, art. 88, o, por la LECrim en sus art. 849 y 850.

Creo que el nuevo recurso de casación penal debería ser preferentemente de “fijación de doctrina” (particularmente por infracción de ley y de precepto constitucional), y si se quiere, *además* pero *no sólo*, de “unificación” de doctrina, conservando así el Tribunal Supremo<sup>3</sup> su característica tradicional de máximo intérprete de la Ley (y en algunos casos quizá también de la Constitución, si prospera la objetivación del recurso de amparo que el nuevo Proyecto de LOTC propone), con efecto evidente en la igualdad y seguridad jurídica de nuestro ordenamiento y de nuestros Tribunales. Con ello no dejarían de agotarse todas las instancias y grados jurisdiccionales (apelación) en los Tribunales Superiores de Justicia respectivos, culminaría el proceso penal dentro de cada Comunidad Autónoma, como pretenden la mayoría de los Estatutos de Autonomía, pero quedaría la casación y la revisión como instancias extraordinarias únicas.

De todas maneras, el actual Anteproyecto (año 2005) de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, ya en trámite parlamentario, podría convertir (*de facto* y en un gran número de casos, como he dejado apuntado más arriba) a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria en intérpretes máximos de la Constitución, al variarse la naturaleza del recurso de amparo solo admisible cuando la parte recurrente acredite, a juicio del Tribunal, que su demanda posee una “especial trascendencia constitucional”, no sólo por tanto que le ha sido vulnerado uno de sus derechos fundamentales. Recurso entonces que sería de carácter objetivo (trascendencia constitucional) y no enfocado desde el punto de vista subjetivo de la lesión de los derechos fundamentales, como hasta la fecha viene configurado.

3. Aunque pueda entenderse, como dijo un magistrado de la Corte norteamericana, SUPREMO no por ser el mejor sino por ser el último.

## EL RECURSO DE APELACIÓN

1. La STC 167/2002, de 18 de septiembre, ha querido introducir una nueva jurisprudencia constitucional rompiendo con la que hasta entonces venía siguiendo, para exigir que en el recurso de apelación del procedimiento penal abreviado se respeten en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE, y concretamente las de inmediación y contradicción. Pero tal novedad, como ahora veremos, no ha sido tal en realidad; tampoco el caso buscado para hacerlo puede considerarse como el más indicado, ni las pautas establecidas responden claramente a nuestro modelo tradicional de apelación penal.

La citada sentencia resolvió una demanda de amparo que tenía su antecedente en un proceso (“piratería de musicasete”), en el cual el Juzgado de instrucción había practicado como pruebas una intervención telefónica, una entrada y registro en domicilio, periciales sobre el material intervenido y declaraciones de los imputados. El Juez de lo Penal, tras declarar nula la intervención telefónica y todas las demás pruebas por derivar de aquélla, había absuelto.

Sin embargo, en la apelación que el Ministerio Fiscal y la acusación particular interpusieron, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó a los acusados *porque consideró que las pruebas eran válidas, y, en todo caso, que no existía conexión de antijuridicidad entre la intervención telefónica y las demás pruebas.*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que comentamos, aprecia la nulidad de la intervención telefónica y, por conexión de antijuridicidad, también la de las entradas y registros y pruebas periciales; pero entiende que las declaraciones de los acusados (ahora recurrentes en amparo) son independientes de la intervención telefónica y deben en este sentido considerarse efectivamente válidas, como también en este punto lo había aceptado la Audiencia Provincial. Son –esas declaraciones– la única prueba que

el Órgano de apelación tiene para condenar y para ello debe valorar la declaración de los acusados de contenido claramente inculpativo, ante la Policía y el Juzgado de Instrucción, y exculpativo, en el acto del Juicio Oral.

Es en ese contexto procesal en el que, según la STC 167/2002 que ahora comentamos, la AP debió respetar la inmediación y la contradicción; al no haberlo hecho así, porque según el Alto Tribunal no contó con la presencia de los acusados, lesionó aquellas garantías.

2. La necesidad de inmediación en las pruebas personales y la imposibilidad de revisar en segunda instancia la percepción adquirida directamente en la primera ya había sido pauta habitual en muchas resoluciones de los Tribunales, tanto del Tribunal Supremo cuando ejerce esa función incluso a través del recurso de casación, como por los Tribunales inferiores. Baste al respecto citar, como ejemplo, SSTs 2510/2001, de 27-12; 2380/2001, de 14-12; y SS de la AP Alava, 184/2001, de 31-12 y 178/2001, de 19-12, entre otras muchas).

La STC 167/2002 dice querer romper con una línea jurisprudencial que en realidad no ha seguido tampoco claramente el Tribunal Constitucional. En efecto, las SSTC que cita, como supuestos similares aunque no idénticos al presente, para demostrar que en ellas no se consideró lesiva de la inmediación la valoración de pruebas por el Tribunal de apelación, ninguna se refiere a *pruebas personales* practicadas en apelación sin guardar la inmediación.

La STC 120/1999 que cita como representativa no lo es en realidad porque no reconoce la posibilidad de revisar en segunda instancia pruebas personales; las que sirvieron para condenar fueron mas bien, al parecer, de indicios, esto es, prueba indiciaria no precisada como personal, cuya justificación puede estar bien o mal fundamentada por los órganos judiciales pero que en todo caso no exige en principio, salvo que se explique con claridad lo contrario, una inmediación en el Tribunal de apelación.

La STC 43/1997, de 10 de marzo, tampoco es especialmente representativa porque en ella la AP, aparte de modificar una condena impuesta en instancia (por lo tanto no condenó por primera vez) en el solo extremo de no apreciar la atenuante de estado de necesidad que había tenido en cuenta el Juzgado, expresa unos razonamientos en los que se aprecia que, ni modifica los hechos que declaró probados el Juzgado ni realmente se coloca en el lugar de este para valorar otra vez una prueba personal (la declaración del condenado) si no que mas bien lo que hace es apreciar jurídicamente de otra manera, sobre la base de lo declarado por el condenado, la procedencia de aplicar la atenuante, y en ello llega a una conclusión distinta de la decidida por el Juez. Es pues más una cuestión de derecho que de hecho y por lo tanto, ni se condena por primera vez ni se verifica una valoración fáctica que exija la percepción de la prueba personal con intermediación. Esa sentencia tampoco puede por tanto servir como ejemplo de una línea jurisprudencial opuesta a la que ahora sigue la STC 167/2002 que comentamos.

Otro tanto cabe decir de la STC 172/1997, de 14 de octubre, cuando justifica la condena en apelación por robo de quien había sido absuelto en la instancia, porque tal modificación en el enjuiciamiento se produce, en este caso, debido a una diferente valoración de la regularidad en la práctica judicial de un reconocimiento en rueda, al que se achacó estar malformado por un previo reconocimiento fotográfico hecho ante la Policía en condiciones inadmisibles. Se trata pues, una vez mas, de discrepancias entre los órganos de instancia y apelación nacidas de una diferente valoración jurídica, en este caso procesal, de la forma en que se practicó una prueba y de su validez; pero la condena en apelación no tiene como fundamento la revisión perceptiva de una prueba personal que exija intermediación. Este no es pues ejemplo válido para indicar una nueva línea de pensamiento del Tribunal Constitucional por mucho que se quieran citar afirmaciones hechas en esas sentencias que por su carácter general son especialmente ambivalentes.

La primera conclusión pues, a la que llegamos, es que la STC 167/2002 por más que lo diga, no es realmente rupturista de una línea contraria seguida con anterioridad por el TC; ni tampoco lo es respecto del criterio que muchos de los órganos judiciales venían ya siguiendo.

3. La segunda conclusión es que la STC 167/2002 no eligió el mejor caso para el supuesto cambio de doctrina, pues es por lo menos discutible que el sometido a su consideración en aquella ocasión exigiera un conocimiento de cuestiones de hecho, pareciendo mas bien, por el contrario, que fue una nueva valoración jurídica sobre la validez de las pruebas lo que determinó la condena de apelación (Ver Voto Particular y los antecedentes que recoge la propia sentencia).

4. Asimismo interesa destacar otro punto de la sentencia que comento: la prohibición legal de que se practiquen en apelación pruebas que ya se admitieron y practicaron en instancia (art. 790.3 LECrim). Según la sentencia citada deberán los Tribunales interpretar aquel precepto de manera acorde con el art. 24.1 CE (o en su caso acudir al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad) y admitir cuando proceda la práctica de aquellas pruebas personales que, si bien se hubieran ya practicado en instancia, fuera necesario repetir en apelación, en vista pública y con inmediatez para poder condenar. Semejante interpretación no creo que sea posible en nuestro vigente ordenamiento jurídico y muchos Tribunales no la han aceptado, dado que el art. 790.3 LECrim es categórico y no ofrece duda alguna ni margen posible a otra interpretación.

Y es que la supuesta interpretación del citado precepto, a la luz del art. 24 CE, no solo supondría forzar al máximo lo que el art. 790.3 dice de manera inequívoca, sino que constituiría un cambio sustancial en el sistema de segunda instancia que regula nuestra actual LECrim.

En efecto, el recurso de apelación está concebido en nuestra vigente LECrim (art. 790 y ss; 846 bis a) y ss.) como un “medio

revisor” de lo hecho en instancia y no como “otro juicio nuevo” ante un Tribunal Superior, al estilo alemán, con repetición de las pruebas. Podría efectivamente el legislador cambiar de modelo, pero mientras el actual subsista es obvio que la reiteración en apelación de una prueba personal ya practicada en la instancia, cuando además exige inmediación, ni permitiría revisar esa inmediación, que solo es posible una vez (salvo que se optara por la video-grabación de los juicios y se diera a este medio validez legal y constitucional), ni constituiría por consiguiente una segunda instancia al modo que el sistema procesal vigente la concibe en España, sino que daría lugar a otro enjuiciamiento, ya experimentado por ejemplo en Alemania, con todos los inconvenientes que ello comporta, tal y como ha sido subrayado por la doctrina reiteradamente: devaluación de la primera instancia, injustificada preeminencia o posibilidad de acierto de la segunda sobre la primera, deterioro probatorio, mayores gastos, etc.

Cosa distinta es que dentro de la revisión que toda apelación supone, en nuestro ordenamiento, de lo hecho en instancia, haya de distinguirse caso por caso si realmente para modificar los hechos probados era necesario “sustituir al órgano de enjuiciamiento en la valoración de los medios probatorios, cuya apreciación requiere inmediación” o, por el contrario, aquella modificación trae causa en una revisión de “la corrección o coherencia del razonamiento empleado en la valoración de la prueba” personal, para lo que la inmediación no es necesaria. En este sentido STC 20-12-2005, R.A. 7604/2003, F.J. 3.

5. Por último, en lo que hace a la presencia del acusado en la segunda instancia, ya la STC 285/2005, de 7 de noviembre no lo considera, siguiendo las pautas del TEDH, tanto como una *necesidad probatoria* para el Tribunal que puede condenar en apelación sino como una garantía del acusado que tiene derecho a defenderse, “a volver a ser oído” (FJ.3).

## SENTENCIA 70/2002, DE 3 DE ABRIL

Sala Primera: Jiménez de Parga y Cabrera, García Manzano, *Garrido Falla* (ponente), Casas Baamonde, Delgado Barrio y García-Calvo y Montiel

*Fundamentos:*

1. “En el presente recurso de amparo se plantean dos cuestiones nucleares. En primer lugar, la relativa a la presunta vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones postales (art. 18.3 CE), con las eventuales repercusiones que ello pudiera tener a efectos de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), de estimarse que alguna de las pruebas de cargo ha sido obtenida con vulneración de estos derechos fundamentales. En segundo lugar, la relativa al derecho al doble grado de jurisdicción (garantizado en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos e incorporado a las garantías procesales del art. 24 CE), que el recurrente considera vulnerado por cuanto, pese a que su inicial Sentencia condenatoria pudo ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, el sistema casacional español sería inidóneo para garantizarlo, por cuanto la prueba sólo puede ser revisada en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim”.

2.

“(…) la eventual estimación de las quejas referidas a defectos formales en el curso del proceso penal en la primera instancia, daría lugar no sólo a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas, sino también a la retroacción de las actuaciones a la primera instancia. Lo que permitiría un nuevo enjuiciamiento en el proceso penal con todas las garantías y, al mismo tiempo, salvaguardar el carácter subsidiario del amparo. (...)”.

6.

“Se queja el recurrente (...) de que solicitó la celebración de vista con carácter previo a la resolución del recurso de casación, vista que en su opinión era preceptiva en virtud del art. 893 bis a) LECrim y que el Tribunal deniega tácitamente, sin resolver el recurso de súplica interpuesto, ni explicar las razones por las que la vista no debía celebrarse.

Esa alegación no puede estimarse. En primer lugar, porque –en contra de lo que afirma el recurrente– el Tribunal Supremo sí se pronuncia expresamen-

te sobre este punto en el razonamiento jurídico segundo del Auto de aclaración de la Sentencia (...). En segundo lugar, y respecto de las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo, porque reiteradamente hemos afirmado que no corresponde a este Tribunal revisar la interpretación que de la legalidad ordinaria hayan podido efectuar los jueces o Tribunales en el ejercicio de la función que les corresponde en virtud del art. 117.3 CE (STC 54/1996, de 26 de marzo, FJ 3).

Ahora bien, si lo que pretende el recurrente es cuestionarse la propia configuración legal de la casación y su idoneidad para dar cumplimiento al derecho a la revisión de las condenas por un Tribunal Superior con plena jurisdicción y con todas las garantías procesales, esto ha de ponerse en conexión con la alegación relativa al doble grado de jurisdicción, que se analizará seguidamente”.

7. “En cuanto a la alegación relativa al derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal y a la inadecuación del sistema casacional para garantizar este derecho, afirma el recurrente que el mismo constituye una de las garantías inherentes al derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, así como en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) y en el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH). En apoyo de su queja cita el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, que –según el recurrente– declara contrario a este derecho y al art. 14.5 del Pacto el sistema casacional español.

a) Ciertamente, el art. 14.5 PIDCP, ratificado por España y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal (...).

“(...) ha de tenerse en cuenta que las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales (...).

Por tanto, si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte ‘conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión’.

(...) Ciertamente, se afirma en el párrafo 13 la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas, pero tales disposiciones no han de consistir en una reforma legislativa, pues –como en numerosas ocasiones ha puesto de relieve este Tribunal– una correcta interpretación de la casación penal permite que este recurso cumpla con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena por un Tribunal superior derivadas del art. 14.5 del Pacto.

b) Nuestra jurisprudencia respecto de la cuestión del doble grado de jurisdicción se inicia con la STC 42/1982, de 5 de julio, y puede concretarse en los siguientes puntos”:

“3. (...) 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 Pacto internacional de derechos civiles y políticos’, 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 2)”.

“Igualmente, la STC 37/1988, de 3 de marzo, declaró la inconstitucionalidad del inciso final del párrafo segundo del art. 876 LECrim, por su contradicción con el art. 24 CE, estableciendo en su fundamento jurídico 5 las consecuencias ‘ineludibles’ que ‘la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone’. Es la primera que la casación penal ‘no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que al desenvolver esta función (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable’ (STC 60/1985). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no solo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional (...)”.

En definitiva, conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. (...)”.

c) “Conviene, no obstante, realizar alguna precisión adicional respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, de la posibilidad de examinar los hechos probados.

(...) mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente 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 dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, 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. (...)”.

d) “Finalmente, y aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, ha de concluirse que en el mismo no se ha producido vulneración alguna del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, pues el Tribunal Supremo ha revisado el fallo condenatorio y la pena conforme a las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP”.

“(...) la fundamentación jurídica de la Sentencia, en la que el Tribunal Supremo da al recurrente respuesta respecto de las múltiples cuestiones planteadas en su recurso—, nos permite afirmar que, en el presente caso, se han cumplido las exigencias derivadas del doble grado de jurisdicción, habiéndose controlado no sólo los aspectos formales o legales, sino también los fácticos, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal inferior”.

8. “Por lo que respecta a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), denuncia el recurrente incongruencia omisiva a la Sentencia dictada en casación, al no haberse pronunciado el Tribunal Supremo sobre diversas cuestiones que le fueron planteadas, en concreto: la solicitud de vista, la nulidad de la carta como prueba de cargo y de las que tenían causa en ella y el grado de ejecución del delito”.

“Respecto de la nulidad de la supuesta carta como prueba de cargo, en su fundamento jurídico 8 argumenta ampliamente acerca de las razones por las que entiende que no se ha producido vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), al entender que lo ocupado al detenido no era una carta en el sentido del art. 18.3 CE y 579 LECrim, pues ni iba contenida en un sobre, ni se trataba de un envío realizado a través del servicio postal de correos, sino que se trataba, como señalaba la sentencia de instancia, de ‘unas hojas de papel manuscritas sin sobre’, que han de considerarse ‘efectos personales del detenido’, respecto de los que ‘lo procedente era la recogida policial de los efectos, su entrega en el Juzgado competente y su unión a las actuaciones para su adecuada valoración, todo lo cual así se ha efectuado”.



“(…) En este caso, el Tribunal consideró innecesaria la vista, la representación del otro recurrente no la solicitó y el Ministerio Fiscal manifestó que no la consideraba necesaria, por lo que la mera solicitud por una de las partes entiende el Tribunal que no le obliga a celebrarla conforme a la Ley procesal penal”.

*Fallo:*

Denegar el amparo solicitado.