

**LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ANTE EL TRIBUNAL *AD
QUEM*. LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL DERECHO PENAL
MILITAR
PREMIO DEFENSA 2014
PREMIO JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO**

María Eugenia Ruiz Hernández
Teniente coronel auditor

SUMARIO

1. Los recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia. 1.1. Fundamento del derecho a la revisión de las sentencias. 1.2. Constitución española. 1.3. El derecho a la revisión de sentencias en el procedimiento penal militar. 1.4. Excepciones legislativas. 1.4.A. *Especial referencia al aforamiento*. 1.4.B. *Cuestiones adicionales*. 2. El derecho a los recursos en el ámbito internacional y su influencia en nuestro ordenamiento jurídico. 2.1. La normativa internacional. 2.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.3. La repercusión de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nuestra jurisprudencia constitucional. 2.4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2.4.A. *La Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo*. 2.5. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. 3. La implantación del recurso de apelación en el procedimiento penal. 3.1. Antecedentes. 3.2. Soluciones. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. LOS RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA

1.1. FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS

Todo proceso judicial, especialmente en el ámbito penal, debe brindar una serie de garantías a los intervinientes en el mismo en orden a asegurar

la correcta resolución de las pretensiones en litigio. En esta línea se enmarcan los medios de impugnación otorgados a las partes por la Ley al objeto de recurrir las decisiones judiciales dictadas por jueces y tribunales.

Mucho se ha escrito sobre la fundamentación de esta vía de oposición como medio de revisión de las sentencias, especialmente en el ámbito penal. Así, Garberí¹ la asienta en tres ideas fundamentales, esto es, en la posibilidad de combatir errores que pudieran producirse en un primer enjuiciamiento, de manera que los ciudadanos contemplen el proceso como un mecanismo fiable para solucionar sus conflictos; en el aumento del nivel de acierto en la decisión final, no solo por la revisión en sí misma, sino porque el órgano que interviene en vía de recurso se presupone técnicamente mejor preparado, y finalmente, por acrecentar el celo y la diligencia de los jueces que deben resolver por primera vez al ser conocedores de que la resolución que adopten será revisada por un tribunal superior, lo que, según dicho autor, evitará que la misma sea superficial, infundada o caprichosa, por temor a una censura severa de la instancia superior².

Otros autores como Armenta³ señalan que el fundamento del derecho a los recursos radica en la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones puedan incurrir en errores y, consecuentemente, sea necesario enmendarlos. A ello, además, cabe sumar diversos argumentos derivados, bien de la insatisfacción subjetiva de la parte perjudicada por la resolución, bien de la necesidad de unificar la doctrina. No obstante, argumenta dicha autora, en contra deben sopesarse otros factores como la dilación que puede derivarse de un uso torticero que del derecho a los recursos hagan las partes⁴, o el hecho de que los recursos *per se* no garantizan una mejor búsqueda de la verdad material, ya que la repetición de pruebas no supone una valoración más adecuada, ni siquiera cuando ello es llevado a cabo por un órgano con mayor experiencia.

Por su parte Pérez Manzano⁵ afirma que los recursos y el derecho de acceso a ellos se sustentan en una doble finalidad: la primera, contribuir a

¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 331, 1998, consultado en <<http://www.westlaw.es>>, BIB 1998/538 [el 29 de octubre de 2003, a las 20:30].

² GARBERÍ LLOBREGAT, J., «El alcanzable mito de la segunda instancia penal», *Diario La Ley* 6507, 2006, consultado en <<http://diariolaley.laley.es>> [el 3 de marzo de 2006, a las 20:00].

³ ARMENTA DEU, T., «El recurso penal ante la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista Jurídica de Catalunya* 1, 2005, pp. 53-83, p. 71.

⁴ Precisamente para evitar el mal uso de este derecho el legislador posee la potestad de incluir o excluir recursos y, en su caso, someterlos a determinados requisitos.

⁵ PÉREZ MANZANO, M., «La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Fundamento del Derecho a la Doble Instancia», *Diario La Ley* 6566, 2006, consultado en <<http://diariolaley.laley.es>> [el 9 de octubre de 2006, a las 18:15].

una adecuada satisfacción de las pretensiones de las partes al permitir una segunda oportunidad para la satisfacción de las mismas; la segunda, constituir una garantía del sometimiento de la actuación jurisdiccional a la ley, garantizando la aplicación del Derecho. Así, esta autora distingue, por un lado, una concepción más genérica en la que la revisión se circunscribe al supuesto en el que se ha efectuado una declaración de culpabilidad cuando el condenado era realmente inocente, o cuando se ha realizado una calificación jurídica que no corresponde con lo acaecido o con el relato de hechos probados, por lo que se ha condenado a un inocente. Estamos, por lo tanto, ante un error en el resultado del enjuiciamiento. Sin embargo, el error también puede referirse a una decisión contraria a la legalidad por una aplicación incorrecta de las normas derivada de una inadecuada selección, interpretación o aplicación propiamente dicha, esto es, un error en el procedimiento del enjuiciamiento. A mayor abundamiento, Pérez Manzano⁶ considera que, en la medida en que la verdad a la que se accede mediante el procedimiento jurídico probatorio es solo una verdad probable, siempre existe un riesgo residual de condena de un inocente, por lo que es imposible evitar de forma absoluta el resultado erróneo, lo que le lleva a afirmar que el fundamento de la doble instancia no puede centrarse en evitar el resultado de culpabilidad erróneo.

Subsiguientemente, de todos los argumentos expuestos se concluye que la idea central que debe presidir la primera instancia es la búsqueda de la verdad, si bien esta no puede entenderse con carácter absoluto e indiscutible. Por ello, parece adecuado el establecimiento de una revisión posterior de las sentencias concebida como la revisión del correcto desarrollo del proceso, del sometimiento de la actuación jurisdiccional a la ley y de la adecuada aplicación de las reglas de la lógica y de la experiencia, esto es, del enjuiciamiento en sí mismo, en el que se incluye el acierto en la decisión final.

1.2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española no recoge expresamente el derecho a los recursos, por lo que su ubicación entre los derechos fundamentales deriva de la interpretación establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha proclamado la existencia de un derecho fundamental a los medios de impugnación (SSTC 112/1987, 125/1997, 168/1998).

⁶ *Ídem.*

Esta doctrina, combinada con la iniciada con la STC 37/1995 —la cual reconoce que el respeto a las garantías procesales no se despliega con igual intensidad cuando se trata de acceder a la Jurisdicción, donde opera plenamente, que cuando se trata de acceder a los recursos, donde actúa con menor intensidad—, termina de delimitar dicho derecho fundamental a los recursos como un derecho de configuración legal (SSTC 14/1982, 14/1984), excepto en el proceso penal en el que ha de existir al menos un recurso contra el fallo condenatorio y la pena dictados en primera instancia⁷, ya que el artículo 10.2 de la Constitución española (CE) establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales ratificados en esta materia por España. Así, existe en nuestro ordenamiento una obligación derivada del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), precepto que establece la obligación de que toda persona declarada culpable de un delito pueda ejercitar su derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuestos sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Consecuentemente, aunque en los demás procesos el que haya o no recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia no infringe normativa constitucional alguna, en el proceso penal la Constitución, en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 CE en relación con el referido artículo 14.5 PIDCP, impone la exigencia de una doble instancia que permita la revisión ante un órgano superior de la condena impuesta en la primera instancia.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha incardinado el derecho al recurso contra el fallo condenatorio y la pena impuesta en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), al tiempo que entiende que el derecho genérico a los recursos se encuentra incluido en el seno del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que el legislador ordinario solo está obligado a establecer recurso contra las sentencias dictadas en primera instancia en el proceso penal, mientras que en los demás supuestos queda al arbitrio de su voluntad la existencia del mismo.

Por otro lado, la obligación derivada del artículo 14.5 PIDCP es entendida por la jurisprudencia constitucional de manera que no cabe afir-

⁷ No obstante, y como veremos en otro apartado de este trabajo, la revisión por un tribunal superior del fallo condenatorio y de la pena impuesta tiene tres excepciones recogidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a saber, las penas leves, el enjuiciamiento por el tribunal superior en caso de aforamiento y las condenas tras un fallo absolutorio. *Vid. infra* pp. 28 y ss, 37 y 48 y ss.

mar la existencia de un deber de crear una segunda instancia como tal, sino únicamente el cauce adecuado para someter dicho fallo condenatorio y pena a un tribunal superior en los términos en los que sea establecido por el legislador. Precisamente, en dicha argumentación ha fundamentado nuestro Tribunal Constitucional la adecuación del recurso de casación para llevar a cabo la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena establecida en el artículo 14.5 PIDCP, dadas las amplias facultades otorgadas al Tribunal Supremo en vía casacional para revisar la condena con base en una interpretación amplia de los motivos de interposición, bien invocando el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), error en la apreciación de la prueba; sin olvidar el artículo 717 LECrim (reglas del criterio racional); bien citando el artículo 852 LECrim, infracción de precepto constitucional, mediante la alegación directa de la vulneración de la presunción de inocencia; o con base en la vía establecida por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Así, el artículo 14.5 PIDCP se concibe 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 mediante un proceso justo con todas las garantías, con respeto al principio de presunción de inocencia, y a las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

Por otro lado, recordar que si bien el artículo 14.5 PIDCP solo habla del condenado, es decir, le señala de forma expresa como titular de dicho derecho, ello no excluye la posibilidad de que el resto de partes puedan asimismo interponer recurso contra una resolución judicial que perjudique sus intereses. Sin embargo en dicho supuesto esta facultad viene delimitada por su incardinación en un concreto precepto constitucional (24.1 CE) y, por tanto, de la decisión del legislador al respecto, lo que implica una ponderación de derechos en la que siempre debe respetarse los otorgados al acusado, máximo protegido, pero sin olvidar los intereses de terceros y de la sociedad en general.

Ello tiene especial trascendencia en el campo penal, ya que si el derecho de todas las partes a los recursos derivase del derecho a un proceso con todas las garantías, podría ser invocado por igual tanto por las partes acusadas como por las acusadoras. Sin embargo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha proclamado en innumerables ocasiones que estas últimas no poseen un derecho a la

condena del acusado, por lo que solo este ostenta el derecho al recurso ante una segunda instancia, del que no puede ser privado por el legislador.

No obstante, estimo que el recurso de apelación interpuesto por las partes acusadoras no debe ser entendido como un ataque a la presunción de inocencia, que queda intacta, ni como el ejercicio de un derecho a la condena, sino como una solicitud de comprobación del correcto enjuiciamiento de los hechos objeto del proceso y de que este se ha llevado a cabo con respeto a la legalidad, tal y como establecen los artículos 9.3 y 117 CE. De este modo, la protección otorgada vía recurso superaría los intereses particulares, teniendo como objetivo transmitir a la sociedad confianza en el sistema judicial.

Compartidos los argumentos de Vecina⁸ en cuanto a que otra sería la perspectiva si se incluyese el derecho a los recursos en el derecho a un proceso con todas las garantías, y aun afirmando que las partes acusadoras no detentan el *ius puniendi* atribuido al Estado, ni un derecho a la condena, no debe olvidarse que los recursos son la única garantía en un Estado de derecho de enmendar resoluciones contrarias a la legalidad o de carácter irracional o arbitrario⁹.

Por tanto, entendido que el derecho al recurso no debe partir de una concepción de castigo del culpable en segunda instancia, sobre todo ante sentencias absolutorias, sino de comprobación del cumplimiento de todas las garantías establecidas en la tramitación de los procedimientos judiciales y de revisión de la racionalidad de la decisión, y tomando en consideración lo prescrito en los artículos 6.1 y 13 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁰ en cuanto a la existencia de un derecho al proceso

⁸ VECINA CIFUENTES, J., «Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal», *Jueces para la Democracia* 56, 2006, pp. 59-74, p. 66.

⁹ Así, el art. 124 CE establece que la labor fiscal tiene por objetivo promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.

¹⁰ Artículo 6 CEDH. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

debido y a un recurso efectivo ante una instancia nacional, considero que el Ministerio Fiscal desempeña un papel fundamental en cuanto garante de los intereses de toda la sociedad, la protección del principio de legalidad y confianza en el sistema judicial. Además, por todo ello, y aunque no nos encontremos ante un derecho absoluto de las partes acusadoras a una segunda instancia, una correcta ponderación de los derechos e intereses en juego debe inclinar la balanza del lado del mantenimiento de la normativa que regula el derecho a los recursos de todas las partes del proceso penal como el único medio o garantía de revisión y constatación de que las resoluciones judiciales no son contrarias a la legalidad o arbitrarias, lo que necesariamente afianza la confianza en el sistema judicial y en la consecución de la seguridad jurídica.

Por otro lado, sin olvidar el derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental del acusado, tampoco debería menospreciarse el derecho de la víctima a la defensa de sus intereses¹¹, máxime cuando ante una sentencia absolutoria el acusado puede solicitar la apertura de un procedimiento judicial por denuncia falsa contra la que hasta entonces tenía aquella consideración.

Además, dada la evolución de la dogmática de los derechos fundamentales y la aparición de los llamados de 3.^a y 4.^a generación que plasman la tendencia a la ampliación del ámbito de protección del ciudadano, e incluso el reconocimiento de dichos derechos a las colectividades, parece necesario mantener aquellos ya establecidos y que además están referidos a ámbitos inherentes a los más importantes derechos fundamentales, como pueden ser la libertad del acusado, la integridad física de la víctima, la tutela judicial efectiva, un proceso con todas las garantías, el principio de legalidad o la propia seguridad jurídica.

En definitiva, estimo que el derecho al recurso debería ser entendido como una garantía otorgada a las partes en el proceso de verificación del adecuado funcionamiento de la administración de justicia y de corrección de aquellos supuestos en los que hayan existido errores o arbitrariedades contrarios a un proceso con todas las garantías y, por tanto, quedar incluido en dicho derecho, lo que implicaría que todas las partes tendrían reconocido constitucionalmente el derecho a impugnar aquellas resoluciones judi-

Artículo 13 CEDH. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

¹¹ Vid. GIMENO SENDRA, V., «La inmediatez en la segunda instancia y las sentencias arbitrarias de la primera», *Diario La Ley* 6876, 2008, pp. 1-4.

ciales definitivas dictadas en primera instancia que considerasen injustas, independientemente de la voluntad del legislador, el cual estaría obligado a arbitrar los recursos oportunos.

1.3. EL DERECHO A LA REVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

El sistema procesal penal militar se caracteriza por que su modelo de recursos se basa en el principio de única instancia. Así, contra las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal *a quo*, sentencias y autos de sobreseimiento libre, solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo¹² de conformidad con lo establecido en los artículos 324 y ss. de la Ley Procesal Militar (LPM) y 847 y ss. LECrim.

Ello naturalmente ha conllevado, en algunos casos, que en sus recursos de casación los condenados aleguen la conculcación del derecho a una doble instancia en los procesos penales militares, sobre todo tras la promulgación de la LO 19/03, de 23 de diciembre, que modificó la LOPJ, y que inició el proceso de generalización de la doble instancia en nuestro derecho, si bien únicamente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

En relación a esta cuestión, en el auto de fecha 17 de junio de 2004 que resolvía un recurso de queja contra la inadmisión de un recurso de apelación contra una sentencia del Tribunal Militar Central, y en el que el argumento de la parte recurrente se basaba en que dicha inadmisión infringía el artículo 24 CE dada la generalización de la doble instancia operada tras la promulgación de la citada LO 19/03, la Sala Quinta recordó (FJ 1.º y 3.º) la nutrida jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo, que establecía que la regulación de la casación

¹² No hay que olvidar que la Ley Procesal Militar prevé un recurso de apelación, regulado en el art. 261 y ss., contra resoluciones dictadas en el sumario, en los casos y con los efectos contemplados en dicha Ley, en el plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de la notificación ante el juez que hubiere dictado la resolución que se recurre, expresando los fundamentos de la impugnación y acompañando los documentos que se estimen convenientes. No obstante, este recurso de apelación solo cabe contra resoluciones que no ponen fin definitivamente al proceso, por consiguiente, se trata de resoluciones interlocutorias o provisionales, motivo por el que este recurso no puede ser tomado en consideración para el estudio de un sistema de doble instancia, aun cuando su denominación sea la de apelación.

Por otro lado, si bien el artículo 143 LPM establece que el auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141 será apelable, dadas las características de este procedimiento a prevención, no puede hablarse de la existencia de un sistema de doble instancia en el proceso penal militar en base a dicho precepto.

penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con las exigencias del PIDCP, «que no impone en este punto la naturaleza del recurso, ni su contenido o amplitud».

Por lo que se refiere a la alegación relativa a la entrada en vigor de la LO 19/03, que reformaba la LOPJ introduciendo modificaciones orgánicas para la generalización de la doble instancia, el Tribunal en su FJ 2.º señalaba que, si bien con la nueva ley se había formulado un sistema abierto a la instauración de la segunda instancia penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, fortaleciendo la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y creando una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional, esta modificación no se había extendido al ámbito de la jurisdicción militar, ya que ni la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCO) ni la LPM habían sido reformadas.

En otro orden de cosas cabe destacar que, aunque los recursos en procedimientos por delito de la LPM se fundamentan en un sistema de instancia única en el que solo cabe interponer recurso de casación frente a la sentencia dictada en primera instancia por los Tribunales Militares Territoriales y Central, en cambio, el procedimiento regulado en el título IV, del libro III, de la LPM, relativo al enjuiciamiento de faltas comunes, establece la doble instancia instituyendo un recurso de apelación, de corte muy similar a la regulación que se contiene en la LECrim para las infracciones penales menores¹³. Se establece así un sistema de doble instancia en el que no se prevén, como señala Fernández Pérez¹⁴, los motivos de articulación del recurso, por lo que las partes recurrentes podrán formular contra la sen-

¹³ En el procedimiento para el enjuiciamiento de faltas comunes por la jurisdicción militar establecido en el Libro III, Título IV, no se prevé una fase de instrucción y la competencia para el enjuiciamiento se atribuye al juez togado central o territorial de la demarcación en que hubieren ocurrido los hechos (arts. 57.2 y 61.2 LOCO), el cual tan pronto tenga noticia de haberse cometido falta penal, convocará a juicio verbal al fiscal jurídico militar del tribunal a cuyo territorio pertenezca el Juzgado, al acusado y a los testigos, con indicación al inculcado de que podrá asistir al juicio con las pruebas de que intente valerse en su defensa y que podrá ser asistido por letrado. El juez togado, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible, al día siguiente, dictará sentencia.

Contra la sentencia las partes podrán interponer recurso de apelación, en el plazo de cuarenta y ocho horas o verbalmente en el momento de la notificación, ante el órgano que dictó el fallo, siendo competente para resolverlo el correspondiente Tribunal Militar, esto es, el Tribunal Militar Central respecto a las faltas dictadas por los Juzgados Centrales, o los Tribunales Militares Territoriales respecto a las falladas por los Juzgados de su territorio.

En el caso de faltas enjuiciadas por jueces togados desplazados a zona de operaciones, los recursos interpuestos se resolverán por el Tribunal Militar Central o Territorial de Madrid de conformidad con las reglas de competencia establecidas en la LOCO.

¹⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, J. A., «Sistemas de Recursos, Doble Instancia y Proceso Penal Militar», en *Estudios de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Subsecretaría General Técnica, 2009, pp. 58 y ss.

tencia todas aquellas alegaciones que consideren pertinentes fundadas en cuestiones tanto de hecho como de derecho, pudiendo solicitar práctica de prueba, aunque si bien de forma limitada, teniendo el órgano de apelación la facultad de revisar la sentencia dictada por el órgano *a quo*, si estimase que hubiese méritos para ello.

Así, a diferencia de la regulación del procedimiento por faltas de la LECrim, en el procedimiento por faltas previsto en la LPM siempre ha de celebrarse la vista oral en el recurso de apelación, aunque, al igual que ocurre en aquel texto normativo, no se establece un sistema de apelación plena con repetición íntegra del juicio celebrado en instancia¹⁵.

En cualquier caso, la peculiaridad en este supuesto, tal y como señala el referido autor, no deriva de ninguna especialidad procedimental decisiva en relación al procedimiento previsto en la ley común, sino del hecho de que dentro de las competencias que se atribuyen a la jurisdicción militar, en tiempo de paz y normalidad constitucional¹⁶, no se incluye la competencia para conocer las faltas comunes, de manera que entiende se establece un procedimiento que, en la práctica, resulta inútil.

Así, partiendo del artículo 12 LOCO, y fuera de los supuestos de anormalidad constitucional¹⁷, la competencia de la jurisdicción militar para conocer de faltas comunes en tiempo de paz queda limitada a aquellos supuestos de faltas comunes conexas a delitos militares, a las que no será de aplicación el procedimiento para faltas penales previsto en los artículos 415 a 431 LPM, sino el que corresponda al delito principal.

Asimismo, también conocerán los órganos judiciales militares, a salvo de cuanto dispongan los tratados o acuerdos internacionales, de las fal-

¹⁵ Efectivamente, el art. 429 LPM dispone que la vista será pública, comenzando por la lectura de un apuntamiento de los autos remitidos. Seguidamente se oirá al apelante o apelantes, al fiscal jurídico militar y a los interesados, y acto seguido se dictará sentencia. Además, el párrafo 2.º establece que no se admitirá en segunda instancia otra prueba que la que se hubiese propuesto en la primera y no se hubiese practicado por causa ajena a la voluntad del proponente o que hubiese sido conocida con anterioridad. El art. 431 LPM admite la inasistencia a la vista oral del acusado introduciendo garantías para preservar su derecho a la defensa, y si alguno de los acusados al tiempo de interponerse la apelación se hallase fuera del territorio español, o residiendo a considerable distancia de la sede del tribunal y se accediera a ello por su auditor-presidente, podrá dejar de asistir a la vista pública del recurso, remitiendo al efecto escrito comprensivo de las alegaciones que en su propia defensa pudiera formular.

La sentencia dictada en segunda instancia resuelve definitivamente el proceso sin que contra la misma quepa recurso alguno, y pronunciada esta, el Tribunal Militar mandará devolver los autos al juez togado correspondiente para que proceda a la ejecución de la sentencia recaída.

¹⁶ *Vid.* art. 12 LOCO.

¹⁷ *Vid.* art. 13 LOCO.

tas comunes cometidas por españoles en acto de servicio o en sitios que ocupen fuerzas o unidades militares españolas en los casos de presencia permanente o temporal fuera de territorio nacional de unidades militares, aunque, como recuerda este autor, en este caso el conocimiento por la jurisdicción militar de dichas faltas comunes queda limitado a los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64 LOCO, órganos judiciales militares acompañan a la fuerza y la falta fuese penada antes del regreso a territorio nacional del que hubiere resultado responsable, pues, de no ser así, sería de aplicación el párrafo 4.º del artículo 12 LOCO, que determina que si el inculpado regresase a territorio nacional y no hubiere recaído sentencia, la jurisdicción militar se inhibirá a favor de la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, los supuestos de aplicación de este procedimiento son escasos, ya que no es práctica habitual la designación de un juzgado que acompañe al contingente en misiones internacionales y dado que el legislador atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de las faltas penales solo en situaciones extraordinarias, excepción hecha de las faltas conexas que son conocidas junto al delito principal.

En consecuencia, solo cabe afirmar que el sistema de recursos de nuestra jurisdicción es principalmente de única instancia, sin que haya existido una evolución en paralelo con la acaecida en la jurisdicción ordinaria, probablemente sin más motivo que el olvido.

1.4. EXCEPCIONES LEGISLATIVAS

Nuestro ordenamiento jurídico establece los medios necesarios para que las partes en el proceso penal puedan impugnar aquellas resoluciones judiciales dictadas en primera instancia ante un tribunal *ad quem*, excepto en determinados supuestos específicamente regulados. Dicha particularidad está en consonancia con lo dispuesto en el Protocolo 7 al CEDH¹⁸, artículo 2, que establece que el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad o de condena por un tribunal superior tiene como excepciones los supuestos de infracciones menores, los enjuiciamientos llevados a cabo en primera instancia por el más Alto Tribunal o las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia.

Sin embargo, el PIDCP no recoge dichas excepciones, a consecuencia de lo cual algunos autores han destacado la necesidad de que el Estado

¹⁸ España ratificó el Protocolo 7 del CEDH el 16 de septiembre de 2009.

español hubiese llevado a cabo una denuncia parcial del mismo, dado que el artículo 14.5 del Pacto forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, España, a diferencia de otros países del entorno, Italia o Bélgica entre otros, no planteó reserva alguna al Tratado sobre este particular. Por consiguiente, y de conformidad con el tenor literal de dicho artículo, todo condenado tendría derecho a la revisión del fallo y de la pena, independientemente de la gravedad de la infracción penal, de la posición en la jerarquía jurisdiccional del tribunal encargado de fallar o de si la condena se produce en segunda instancia tras haber sido absuelto en la primera.

Por su parte, el Tribunal Constitucional mantiene una reiterada jurisprudencia —entre otras, SSTC 42/85, de 15 de marzo; 51/85, de 10 de abril; 30/86, de 20 de febrero; 22/1997, de 11 de febrero; 64 y 66/01, de 17 de marzo— en la que afirma que el artículo 14.5 PIDCP, pese a incorporarse a nuestro derecho interno, «no es bastante por sí mismo para crear recursos inexistentes», y desestima cualquier alegación al respecto planteada sobre vulneración del artículo 24 CE.

Centrándonos en la jurisdicción militar, hablaremos de dos de las tres excepciones señaladas, esto es, los enjuiciamientos llevados a cabo en primera instancia por el más Alto Tribunal, que trataremos a continuación, y las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, que analizaremos en otros apartados de este trabajo¹⁹.

1.4.A. Especial referencia al aforamiento

Nuestra legislación, esto es, tanto la LOPJ como la LOCO, establece unas específicas reglas de enjuiciamiento, residenciando el conocimiento en primera instancia de ciertas causas en el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Militar Central. Esta especialidad o aforamiento, derivada de la función o empleo desempeñado, implica la imposibilidad de las partes, especialmente del condenado, de recurrir a un órgano superior la resolución judicial dictada por el Alto Tribunal o que el recurso existente sea únicamente el de casación, lo que en principio contradice lo establecido en el artículo 14.5 PIDCP.

En este epígrafe nos centraremos especialmente en los aforamientos competencia del Tribunal Supremo, ya que son los que imposibilitan la

¹⁹ Recordar que el órgano judicial competente en esa segunda instancia será siempre la Sala Quinta, dado el sistema de recursos en única instancia establecido en la jurisdicción militar. *Vid. infra* pp. 37 y 48 y ss.

interposición de recurso ante un órgano superior, excepción hecha del recurso de amparo constitucional, dado que en estos supuestos de única instancia ante el Alto Tribunal se priva al condenado del derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por un órgano superior.

Así, la LOCO establece que de la instrucción y enjuiciamiento en única instancia de los procedimientos por delitos y faltas no disciplinarias, que sean competencia de la jurisdicción militar, contra los generales de Ejército, almirantes generales y generales del Aire, tenientes generales y almirantes cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, fiscal togado, fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y fiscal del Tribunal Militar Central, conocerá la Sala Quinta del Tribunal Supremo (art. 23.2 LOCO)²⁰.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su STC 22/1997, de 11 de febrero, declara en relación a los aforamiento ante el Tribunal Supremo que, «aunque falte la garantía que se pretende con el reconocimiento del derecho al recurso, esta se ve compensada por realizar el enjuiciamiento el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, garantía mayor si se quiere que el recurso en sí».

²⁰ Merece asimismo la pena recordar que el artículo 34.1 LOCO establece que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central conocerá de los procedimientos que siendo de la competencia de la jurisdicción militar y no estando atribuidos a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se instruyan por delito cometido en cualquier lugar del territorio nacional, o fuera de este, cuando los inculcados, o el más caracterizado, siendo varios en un mismo procedimiento, ostenten alguna de las siguientes cualidades o circunstancias:

- a. Militares con empleo igual o superior a comandante o capitán de corbeta y sus asimilados cualquiera que sea su situación militar, siempre que no hubieran sido condenados a pérdida de empleo o sancionados con separación del servicio.
- b. Poseedores de la Cruz Laureada de San Fernando con carácter individual.
- c. Autoridades y funcionarios civiles, de todo orden, que no teniendo fuero personal reservado al Tribunal Supremo gozasen de aforamiento personal especial en la jurisdicción ordinaria.
- d. Auditor-presidente y vocales de los Tribunales Territoriales, jueces togados militares, fiscales y secretarios relatores, todos ellos en el ejercicio de las funciones que esta Ley les confiere.
- e. Otras personas respecto de las que así lo establezcan normas con rango de Ley.

En consecuencia, en aquellas circunstancias en las que el tribunal competente sea el Tribunal Militar Central, el debate quedaría circunscrito a si el sistema existente permite la revisión establecida en el PIDCP, esto es, si nuestro recurso de casación cumple los requisitos del Pacto en cuanto a que satisface el derecho a la doble instancia en la impugnación de las resoluciones judiciales, o por el contrario concluir que es necesario modificar nuestro sistema de recursos de manera que deba implantarse un recurso de apelación generalizado. Dado que este extremo es objeto de análisis en otros apartados de este trabajo, no ahondaremos en él en este momento.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, la doctrina ha seguido manteniendo la existencia de la incompatibilidad del sistema de aforamientos, recogidos tanto en la legislación común como en la militar, con el citado artículo 14.5 PIDCP, ante la imposibilidad orgánica y procesal de acudir a un Tribunal superior cuando quien resuelve el asunto en primera instancia es el Tribunal Supremo. Al respecto, el tribunal Constitucional (sentencia 166/93, de 20 de mayo) justifica dicha privación al considerar «que es un plus, equilibra así la inexistencia de una doble instancia, que si bien es una de las garantías del proceso a las cuales alude genéricamente el artículo 24.2 CE, ha de ser matizada en los casos en que el enjuiciamiento se confía directamente al Tribunal Supremo en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el orden de garantías constitucionales (art. 123 CE), a quien habría de revertir en definitiva la competencia funcional en un segundo grado o escalón procesal».

En la misma línea argumental, la STC 51/85, de 10 de abril, señala que «si determinadas personas gozan *ex constitucione*, en atención a su cargo, de una especial protección (...), son esas particulares garantías que acompañan a Diputados y Senadores las que disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria».

Por tanto, desde la perspectiva constitucional apuntada, se considera que las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo son, respecto de las acciones penales dirigidas contra aquellos a los que la ley ha atribuido dicho fuero, el juez ordinario predeterminado por la ley a que se refiere el artículo 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su artículo 71.3. Al mismo tiempo, se entiende que la doble instancia quedaría revertida en el Tribunal Constitucional, si bien considero que ello supone sobredimensionar el recurso de amparo, otorgándole una finalidad para la que no fue creado.

Como mantiene Calderón Cuadrado²¹, la interpretación del Tribunal Constitucional ha ido más allá del tenor literal del artículo 14.5 PIDCP, considerando que, aunque falte la garantía que se pretende con el reconocimiento del derecho al recurso, esta se ve compensada por realizar el enjuiciamiento el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, lo

²¹ CALDERÓN CUADRADO, citado por MARTÍNEZ PARDO, V. J., «El recurso de casación penal como segunda instancia», 2002, <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios_impugnacion/6.pdf> [consultado el 28 de marzo de 2012, a las 22:15].

que constituye una garantía mayor que el recurso en sí. En definitiva, la prerrogativa de aforamiento se configura como un instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional de modo que preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, se considera la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición de una institución.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, es importante destacar que entre los objetivos que se había marcado el actual Gobierno en relación a la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal figuraba la revisión de los supuestos de aforamiento de jueces y magistrados²², precisamente para intentar mitigar la inexistencia de una doble instancia.

A mi parecer, si bien es indudable que determinados cargos o funciones quedan protegidos al ser enjuiciados por el más Alto Tribunal, creo que debería hacerse un esfuerzo en cuanto a la posibilidad de establecer también en estos casos una segunda instancia. Adelantando conclusiones de epígrafes posteriores, entiendo que en cuanto a los aforamientos ante el Tribunal Supremo cabría, además de designar un instructor, formar una Sala de Instancia que enjuiciase los hechos con la posibilidad de que la sentencia dictada pudiese ser recurrida ante otra Sala compuesta por los restantes magistrados. Ciertamente es que no estaríamos hablando de un órgano superior, pero dado que orgánicamente ello es inviable, esta posibilidad parece ser la única posible, teniendo en cuenta que el hecho de no haber realizado reserva alguna al artículo 14.5 del Pacto pone en entredicho nuestro actual sistema de recursos.

1.4.B. Cuestiones adicionales

Asimismo, esta excepción presenta otro problema derivado de la extensión de la misma a quienes no siendo aforados son juzgados por el Tribunal Supremo al apreciarse conexidad respecto a los hechos cometidos por quienes sí lo son.

De conformidad con los artículos 272.2 LECrim y 76 LPM, el órgano judicial competente *ratione personae* para conocer de un hecho delictivo es competente para conocer de los hechos conexos (art. 15 LOCO). Por tanto, aquellas personas que sin ser aforadas son juzgadas por el Tribunal

²² <<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/3792416/03/12/El-Gobierno-revisara-los-supuestos-de-aforamiento-de-jueces-y-magistrados.html>>, 2 de marzo de 2012 [visto el 28 de marzo de 2012, a las 22:06].

Supremo, debido a la comisión de un delito conexo al cometido por un aforado, son privadas del derecho a la doble instancia penal. No obstante, el Tribunal Constitucional ha desestimado las alegaciones que se le han planteado al respecto, basadas en la vulneración del derecho al recurso, aunque ha reconocido que en este supuesto se produce la privación del ejercicio de un derecho.

Así, en la STC 64/2001, de 17 de marzo, el Tribunal Constitucional señala que la legitimidad constitucional de esta restricción del derecho al doble grado de jurisdicción en los casos de no aforados requiere la ponderación específica de los derechos e intereses en juego. No obstante, recordaba el Tribunal Constitucional la adecuación de esta atribución de competencia en base a la doctrina del Comité de Derechos Humanos (caso Tanasis y otros) que establecía, en relación a una reclamación contra el Estado italiano, que «la protección de las funciones del gobierno, determinante de la Corte Constitucional Italiana, y la necesidad de coordinar la apreciación de los hechos y de las responsabilidades de los intervinientes cuando la realización del delito se atribuye al concurso de una pluralidad de personas, constituían fines legítimos para cuya consecución resultaba proporcionada la sustanciación de un único procedimiento ante la Corte Constitucional, aunque ello implicara un trato desigual para los imputados no pertenecientes al gobierno».

Consecuentemente, si desde el punto de vista del enjuiciamiento la extensión de esta excepción es la solución más apropiada al objeto de evitar duplicidad de procesos y obtener un adecuado conocimiento de los hechos, no cabe duda de que desde la perspectiva del no aforado ello supone, a pesar de la garantía de ser juzgado por el más Alto Tribunal, la privación de su derecho a que un fallo condenatorio y su pena sean revisados por una segunda instancia, al quedar sometido a la regulación aplicable al aforado, lo que supone un elemento adicional a tomar en consideración en una futura reforma.

2. EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU INFLUENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados mostraron una clara preocupación en la defensa de los

derechos humanos, lo que conllevó la creación de una serie de mecanismos de protección de los mismos.

El primer gran fruto de esta evolución de la mentalidad internacional, y consecuentemente del Derecho Internacional, fue la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 y, posteriormente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado el 4 de noviembre de 1950.

Este avance del Derecho Internacional dio lugar a que las personas físicas y jurídicas se convirtieran en sujetos de Derecho Internacional, y que a raíz de su subjetividad internacional se les concediera la legitimación activa para reclamar la violación de un derecho fundamental. Dicho derecho se reconoció en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966²³, texto internacional que reconoció y garantizó, a través de determinados mecanismos²⁴, la facultad de los perjudicados para reclamar ante el Comité de Derechos Humanos la violación de los mismos.

Asimismo, el 16 de diciembre de 1966 se aprobó el Protocolo facultativo al Pacto, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976²⁵. En dicho texto, los Estados consideraron que, al objeto de asegurar los propósitos del mismo, los individuos debían tener reconocida la capacidad de remitir directamente al Comité comunicaciones de violación de los derechos en él recogidos, con lo que se estableció la legitimación de los mismos para acudir al Comité en alegación de las referidas violaciones, siempre y cuando hubiesen agotado todos los recursos internos.

No obstante, la doctrina critica que determinados derechos fundamentales recogidos en el PIDCP no posean la suficiente exactitud para atribuirles un efecto directo, lo que hace necesario acudir a las normas de desarrollo internas de cada Estado para concretar su contenido. Este es precisamente el caso del artículo 14.5 PIDCP, que establece que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio

²³ El PIDCP fue ratificado por España el 27 de abril de 1977 y entró en vigor el 27 de julio del mismo año.

²⁴ Los mecanismos establecidos por el PIDCP consistían en la presentación de informes por los Estados sobre las disposiciones que hubiesen adoptado y que dieran efecto a los derechos reconocidos en el Pacto, en el plazo de un año desde su entrada en vigor del mismo, y cuando así fuesen solicitados por el Comité. Dichos informes serían estudiados por el referido Comité que transmitiría los comentarios que considerase oportunos a los Estados partes. Asimismo, un Estado que considerase que se estaba produciendo un incumplimiento de alguna disposición por otro Estado, podría ponerlo en conocimiento del Comité, previa comunicación preceptiva al Estado incumplidor, al objeto de resolver de forma amistosa dicha situación.

²⁵ España se adhirió el 25 de enero de 1985, con entrada en vigor el 25 de abril de dicho año.

y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»²⁶.

Así, como ya he reseñado, dada la redacción de este artículo del Pacto, y aunque la posibilidad de formular recursos se encuentra establecida en todos los órdenes jurisdiccionales de nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a recurrir una sentencia condenatoria se convierte únicamente en una garantía del proceso penal²⁷ y solo exige configurar un sistema de recursos en el mismo, si bien con la obligación de que dicho recurso garantice que el condenado tenga derecho «a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior».

En la misma línea, el artículo 2.1 del Protocolo adicional 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena». También este derecho a los recursos viene recogido en otros preceptos, a saber, los artículos 6.1 y 13 CEDH²⁸, que establecen el derecho, respectivamente, a ser oído equitativamente y a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido que el derecho a los recursos no supone la obligación de crear órganos judiciales de apelación o casación, sino que cada Estado posee la facultad de determinar el régimen de recursos que considere adecuado implantar en los distintos procedimientos judiciales. Tampoco el PIDCP se decanta por una nomenclatura específica —a saber, es indiferente si el recurso que permite el sometimiento a un tribunal superior se denomina *apelación* o *casación*—, lo único determinante es que dicho sometimiento sea efectivo. En consecuencia, la redacción del artículo 14.5 PIDCP, «conforme a lo prescrito en la ley», ha dado lugar a diversas interpretaciones, ya que el Pacto deja que sea la norma interna la que configure el derecho al recurso que su texto establece.

²⁶ Como ya hemos señalado con anterioridad, de conformidad con el art. 96.1 CE, dicho derecho se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse en un Tratado válidamente celebrado y publicado en España. Tampoco parece baladí recordar el art. 10.2 CE que establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España».

²⁷ Como ya hemos señalado, al no existir norma internacional que garantice el derecho al recurso en los otros órdenes jurisdiccionales, la configuración de dicho medio de impugnación queda a criterio del legislador y consecuentemente de política legislativa.

²⁸ *Vid. supra* nota 10.

Otro punto objeto de controversia derivado del concepto amplio del derecho al recurso plasmado en dichos textos ha sido determinar si en ellos se establecía una doble instancia generalizada, esto es, si nos encontrábamos ante un medio de impugnación de carácter generalizado o extraordinario. Pues bien, en primer lugar, se hace preciso reseñar que nos hallamos ante un derecho con una clara influencia anglosajona. Así, en dicho sistema penal, y sobre todo en el de Estados Unidos, el veredicto absolutorio del jurado no es recurrible por el Ministerio Fiscal; en cambio, en caso de condena, el condenado puede acudir al tribunal superior, compuesto por jueces profesionales, que son los encargados de examinar si se han observado las garantías del proceso debido²⁹. Por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico no recoge exclusión alguna, otorgando la facultad de recurrir a todas las partes procesales, independientemente de su posición en la causa, y basada solo en su condición de parte³⁰. Por tanto, esta diferencia en el concepto de las partes legitimadas para interponer recurso contra una sentencia ante un tribunal superior explica y hace más comprensible la redacción dada al artículo 14.5 PIDCP.

Por otro lado, tal y como señala González Cano³¹, dicho artículo del Pacto debe ser entendido como un reforzamiento de la garantía impugnatoria para el condenado frente al ejercicio del *ius puniendi*, una de las potestades más intromisivas del Estado en la esfera personal del ciudadano, con la finalidad de tutelar su derecho a la libertad, otorgándole el derecho a recurrir una resolución condenatoria. No obstante, esta referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (fallo y pena impuesta) no limita, en el orden interno, ni el derecho al recurso legal para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria por parte del Ministerio Fiscal o resto de partes acusadoras, tal y como se recoge en nuestro ordenamiento.

²⁹ MONTERO AROCA, citado por RODRÍGUEZ RUBIO, C., «La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas», <<http://eciencia.urjc.es/dspace/bitstream/10115/4546/1/EI%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:38].

³⁰ Sin embargo, en la fallida reforma del año 2011, una de las ideas que fundamentaban el nuevo recurso de apelación era que en caso de absolución las partes acusadoras no tendrían la posibilidad de someter al tribunal superior la sentencia dictada, ni tampoco la posibilidad de impugnar la valoración de los hechos llevada a cabo por el juez *a quo*, ya que se modificaba el motivo del error en la apreciación de la prueba por el de la vulneración de la presunción de inocencia.

³¹ GONZÁLEZ CANO, M.^a I., «El dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español», *Revista Tribunales de Justicia*, 2001, pp. 31-41, p. 36.

Sin embargo, la concesión de esta facultad al resto de partes procesales está en manos de la voluntad del legislador, que no se haya limitado por ninguno de los textos internacionales citados, sin que en ningún caso, tal y como destaca dicha autora, el derecho establecido en el artículo 14.5 del Pacto a favor del condenado deba entenderse como privativo y excluyente para el resto de partes, sino como la institución de una garantía mínima a favor de aquel que ocupa la posición más débil en el proceso.

2.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como ya hemos reseñado en el apartado anterior, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a los recursos no supone la obligación de crear órganos judiciales de apelación o casación, sino que cada Estado posee la facultad de determinar el régimen de recursos que considere adecuado implantar en los distintos procedimientos judiciales.

Asimismo, el TEDH, ante las denuncias por violación del artículo 6.1 del Convenio por la falta de celebración de vista en los recursos de apelación y de casación, se ha pronunciado sobre si ello supone una posible infracción del CEDH. El Tribunal Constitucional señala que dicha doctrina se inicia con el caso *Ekbatani*, sentencia de 26 de mayo de 1988, en la que el TEDH, partiendo de los razonamientos que ya había mantenido en ocasiones anteriores referente a que el proceso ha de examinarse en su globalidad teniendo en cuenta el orden judicial interno (caso *Axen* y caso *Sutter*), y que las modalidades de aplicación del artículo 6.1 del Convenio dependen de la instancia de que se trate, reitera que no es preceptiva la celebración de vista en el recurso de casación al conocer el tribunal de cuestiones de derecho. Sin embargo, declara en relación al supuesto enjuiciado que la falta de vista pública en la segunda instancia infringía el artículo 6.1 del Convenio, ya que el tribunal de apelación que conocía tanto de las cuestiones de hecho como de las de derecho tenía que estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del recurrente. Así, estimó que la falta de audiencia del condenado por el tribunal de apelación conculcaba el artículo 6.1 del Convenio, ya que, a su parecer, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables las garantías fundamentales del citado precepto.

Dicha doctrina ha sido mantenida de forma reiterada en posteriores sentencias, poniendo de manifiesto la necesidad de celebración de audiencia pública cuando el tribunal de apelación haya de conocer de los aspec-

tos fácticos y jurídicos, teniendo que apreciar en conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado (caso Tierce y otros, de 25 de julio de 2000; caso Helmers, de 25 de julio de 2000, y caso Constantinescu, de 27 de junio de 2000).

Siguiendo esta línea argumental, el TEDH considera que no siempre se puede afirmar, incluso en la hipótesis de un tribunal de apelación investido de plena jurisdicción, que el artículo 6.1 del Convenio implique el derecho a una audiencia pública con independencia de las cuestiones que hayan de resolverse en fase de recurso (caso Anderson, caso Constantinescu y caso Fejde). En consecuencia, por un lado ha afirmado que en los asuntos en los que el acusado niega la comisión del acto considerado infracción penal, será necesaria la celebración de audiencia pública, ya que el tribunal de apelación no puede decidir sin apreciar en persona el testimonio del acusado (caso Ekbatani, caso Tierce y otros, caso Helmers y caso Constantinescu); y por otro lado, también ha declarado en numerosas sentencias que no es necesaria la celebración de vista cuando las cuestiones de que conoce el tribunal son de derecho. Sin embargo, en el caso Michael Edward Cooke (sentencia de 8 de febrero de 2000), en el que el recurrente solicitaba la aplicación de una atenuante con el fin de rebajar la pena impuesta, mientras que el fiscal reclamaba cadena perpetua, y a pesar de que la aplicación de una atenuante es una cuestión de derecho que tiene cabida en el recurso de casación a través de la infracción de ley, el TEDH consideró vulnerado el artículo 6.1 del Convenio y estimó que dicha decisión del tribunal *ad quem* requería la celebración de una audiencia.

Al respecto, Rodríguez Rubio³² considera que este pronunciamiento del TEDH, según el cual se hace preceptiva la vista cuando el órgano superior ha de conocer sobre la inocencia o culpabilidad del recurrente, crea confusión al dificultar el deslinde de las cuestiones de hecho de las de derecho. Así, no cabe duda de que no solo las distintas valoraciones que se hagan sobre los hechos pueden incidir sobre un pronunciamiento u otro, también las cuestiones de derecho, como son la infracción de ley sustantiva e incluso procesal justifican un pronunciamiento absolutorio o de condena.

A mayor abundamiento, el TEDH en su sentencia de 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 54 y 55, 58 y 59) declaró que, en los supuestos de pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el tribunal de apelación, especialmente, habida

³² RODRÍGUEZ RUBIO, C., *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, 2008, pp. 111-141 (La segunda instancia), consultado en <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/segunda-instancia-55883859>> [11 de noviembre de 2011, a las 10:47].

cuenta de que sería el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia de 25 de junio de 2000 (caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96), en la que se determinó que la ausencia de hechos nuevos no es suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al órgano de apelación.

Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007 (caso Popovic c. Moldavia, § 71), 16 de diciembre de 2008 (caso Bazo González c. España, § 31) y 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll c. España, § 37), se insiste en que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (STC 120/2009, FJ 3)³³.

En definitiva, y como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 6.1 CEDH establece que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de derecho, y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal. Sin embargo, es de destacar que la jurisprudencia europea hace referencia a la presencia del acusado, sin mencionar en principio de forma expresa si dicho examen directo y personal debe extenderse a otro tipo de pruebas, también de carácter personal, que pueden determinar la inocencia o culpabilidad del acusado. En cambio, nuestro Tribunal Constitucional ha expresado de forma expresa que resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas, cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora, como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (entre otras, SSTC 197/2002, de

³³ *Vid. infra* apartado 2.4.A, p. 44.

28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3), sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

A ello hay que añadir que el TEDH asevera que la noción de proceso justo o equitativo, en cuanto facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente, requiere que el procedimiento sea examinado en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, tomando en consideración el papel que ha de desempeñar el recurso de apelación y la manera en que los intereses del recurrente fueron realmente expuestos y protegidos ante el tribunal a la vista de las cuestiones que este debía juzgar (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, §§ 24 y 27; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 31 y 32, y 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53). Por tanto, es preciso reseñar que de dicha jurisprudencia no cabe extraer un derecho absoluto a una audiencia pública en segunda instancia independiente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar, pues previamente deberán ponderarse los distintos intereses en juego.

Pues bien, centrándonos en dichos intereses, el TEDH señala que el principio de publicidad constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los tribunales. En este sentido, dicho Tribunal ha querido destacar, al examinar el contenido del artículo 6.1 del Convenio, que dicho principio «protege a los litigantes frente a una Administración de Justicia secreta y sin control por la opinión pública, y constituye uno de los medios para preservar la confianza ante los juzgados y los tribunales».

Asimismo, el TEDH ha subrayado la importancia del principio de contradicción que impone la necesidad de que las partes sean oídas con antelación a la resolución que se dicte, por lo que se enfatiza la necesidad de que en numerosos casos analizados por dicho Tribunal la presencia personal de los interesados hubiera sido necesaria.

A ellos habría que añadir el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos, «De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se hayan celebrado en la primera instancia» (STC 120/2009, de 21 de mayo, FJ 3).

De todo ello, Rodríguez Rubio³⁴ concluye que de la jurisprudencia del TEDH no se deduce con claridad que la vista o audiencia pública se precise con el objeto de que las pruebas de carácter personal sean de nuevo prac-

³⁴ En línea, *op. cit.*, nota 32.

ticadas ante el órgano *ad quem*. A su juicio, lo exigido por el TEDH es la celebración de una audiencia pública donde las partes contradictoriamente realicen sus alegaciones, respetándose así el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Esta posición está fundamentada en que el TEDH, en la mayoría de sus pronunciamientos, alude a la imposibilidad del recurrente para expresarse personalmente ante el órgano de apelación. Entiende que esta interpretación del precepto es coherente con la garantía reconocida en el artículo 6 del Convenio al asegurar el derecho a un proceso público. Así, el principio de publicidad atiende, por un lado, a la publicidad de las actuaciones procesales, vertiente que el TEDH ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias, y de otro, se pone en relación con el principio de contradicción o de audiencia, y que se resume en la expresión «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio».

Sin embargo, Gisbert Gisbert³⁵ entiende, con base en lo declarado por el TEDH en el caso Ekbatani, que en la segunda instancia, y siempre que no se discutan cuestiones meramente jurídicas, deberá celebrarse vista pública y oírse al acusado personalmente siempre que este lo solicite. De este modo, y según lo defendido por el autor, las vistas en los juicios de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces de lo penal han de ser siempre obligadas, debiendo ser oído el acusado de la misma manera que lo es en primera instancia, incluso se le ha de conceder el llamado derecho a la última palabra.

En cambio, Rodríguez Rubio³⁶ estima que si la reforma de nuestro sistema de recursos ha de ser llevada a cabo en este sentido, ha de tenerse en cuenta, de acuerdo con la doctrina constitucional, que lo exigido por el TEDH no es exactamente la repetición de las pruebas de carácter personal en la segunda instancia. Lo que se precisa, de acuerdo con el Tribunal internacional, es la celebración de audiencia pública cuando el tribunal de apelación haya de conocer sobre cuestiones de hecho y de derecho, especialmente cuando haya de apreciar la culpabilidad o inocencia del recurrente y este niegue los hechos atribuidos por la acusación. Es más, afirma que aunque la doctrina del Tribunal de Estrasburgo se inclina por reconocer la necesidad de celebrar audiencia pública en las sentencias citadas, el artículo 6.1 del Convenio no resulta vulnerado cuando no se celebra vista en el recurso de apelación, ya que no existe tal necesidad de audiencia, puesto que partiendo de la existencia de un recurso próximo a la apelación restringida —en la que el recurso no se considera un nuevo proceso donde

³⁵ GIBERT GIBERT, citado por RODRÍGUEZ RUBIO, C., *ídem*.

³⁶ En línea, *op. cit.*, nota 32.

se puedan ejercitar nuevas pretensiones y practicar todo tipo de pruebas—, el órgano *ad quem*, al pronunciarse de nuevo sobre el objeto del proceso, que permanece inmutable, efectúa un nuevo examen de los materiales fácticos y jurídicos recogidos en primera instancia. En cambio, considera que excepcionalmente sí será preceptiva la vista cuando la prueba propuesta en la apelación haya sido admitida, en cuyo caso el artículo 791 LECrim exige su celebración.

Sin duda, estos razonamientos deberán ser tenidos en cuenta en la futura reforma del recurso de apelación, conjugando los principios señalados y estableciendo los casos en los que la vista pública será preceptiva y/o los criterios que determinarán su celebración, básicamente cuando el debate se centre en cuestiones de hecho, así como en los supuestos de recursos contra sentencias absolutorias en las que se debatan la culpabilidad del acusado y se deban valorar pruebas de carácter personal. Además, estos presupuestos han de combinarse con una característica que entiendo esencial del recurso de apelación, esto es, su carácter restringido, por lo que no se trata de llevar a cabo una modificación del articulado que suponga una repetición íntegra del juicio, sino que el objetivo es la revisión íntegra de la condena y el fallo.

2.3. LA REPERCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

No hay que olvidar que la doctrina del TEDH ha ido dibujando una casuística que posteriormente ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional. En este apartado solo señalaré parte de la doctrina emanada de dicho Tribunal, dando una visión más amplia de la misma en los apartados siguientes.

Como ya se ha reseñado, el TEDH, ante las denuncias por violación del artículo 6.1 del Convenio, concretamente ante la falta de celebración de vista en los recursos de apelación y de casación, se ha pronunciado sobre la posible infracción del CEDH, doctrina³⁷ que ha sido la causa de que nuestro Tribunal haya modificado su jurisprudencia. Así, si hasta entonces el Tribunal Constitucional había declarado que el tribunal *ad quem* tenía plenas facultades para revocar la sentencia del órgano *a quo*, a pesar de no haberse practicado prueba en la segunda instancia, pudiendo condenar por primera vez al recurrente, tras la STC 167/2002, de 18 de septiembre,

³⁷ *Vid. supra*, pp. 36 y ss.

de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, modificó su parecer y declaró que el respeto a los principios de inmediación y contradicción que conforman el derecho a un proceso con todas las garantías exige que el tribunal *ad quem*, al conocer de nuevo sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados y tener que valorar para ello las declaraciones prestadas en el sumario y en el juicio oral, oiga personalmente a los recurrentes.

La rectificación efectuada por el Tribunal Constitucional al interpretar el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio ha dado lugar a que los tribunales ordinarios, obligados a aplicar dicha jurisprudencia constitucional, hayan puesto de manifiesto muchas dudas e inseguridades debido a las dificultades de adecuación de la jurisprudencia constitucional al texto de la LEC.

En este sentido, los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones penales, se reunieron el 24 de mayo de 2004 y acordaron lo siguiente: «en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias no deben practicarse de nuevo en la segunda instancia las pruebas que dependan de los principios de inmediación y de contradicción. Esa nueva práctica entrañaría graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se pondera el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios y condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado. Por otro lado, la repetición de las pruebas no sería legalmente posible a tenor de las restricciones que impone el artículo 790.3 LECrim y el acusado no tendría, obviamente, obligación de someterse a un segundo procedimiento ante la Sala sin un precepto que así lo impusiera o permitiera expresamente».

Por su parte, Rodríguez Rubio³⁸, al analizar el referido acuerdo, pone de manifiesto que la conclusión de dichos magistrados, en relación con la nueva jurisprudencia constitucional, era que no cabía revocar en segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba dependiese en gran medida de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, limitándose así el derecho a los recursos de las partes perjudicadas y del Ministerio Fiscal³⁹.

Respecto a las sentencias condenatorias, esta autora destaca que los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid acordaron que, al no permitir la normativa procesal en vigor la repetición de las pruebas en se-

³⁸ En línea, *op. cit.*, nota 32.

³⁹ *Vid. infra*, pp. 48 y ss.

gunda instancia, las consecuencias han de ser las mismas que las anteriores. Así, si el tribunal de apelación apreciara contradicciones en las pruebas personales, o contradicción de estas con otras pruebas reales relevantes, o cualquier indicio de que aquellas han sido incorrectamente apreciadas, el tribunal superior estaría obligado a dictar un fallo absolutorio en segunda instancia sin necesidad de repetir la prueba. En cambio, admitirían una nueva apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia cuando el razonamiento probatorio del juzgador vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar absurdo, irracional o arbitrario.

En consecuencia, no cabe duda de que a partir del caso Ekbatani los artículos de la LECrim que regulan el recurso de apelación no se adecúan a la jurisprudencia establecida por el TEDH, y posteriormente acogida por el Tribunal Constitucional, ya que nuestro sistema, próximo a la apelación restringida, no recoge la posibilidad de la repetición de las pruebas ya practicadas en la primera instancia de forma generalizada, si bien la reforma llevada a cabo para la implantación de la Oficina Judicial ha añadido un nuevo elemento, cual es la posibilidad de reproducción de lo grabado como diligencia de prueba a solicitar ante el tribunal de apelación, si bien el Tribunal Constitucional tiene declarado que ello no colma el principio de inmediación⁴⁰.

⁴⁰ Por tanto, en este punto la cuestión capital consiste en dilucidar si el tribunal de apelación puede llevar a cabo una valoración de las pruebas de carácter personal visionadas en una grabación audiovisual del juicio oral de primera instancia, estimar el recurso interpuesto por error en la valoración de la prueba al discrepar de la valoración efectuada por el juez *a quo* y fijar un nuevo relato de hechos probados que conduzca a la condena de quien fue inicialmente absuelto o agravar la pena impuesta por el tribunal de instancia. Esta solución fue rechazada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 120/2009, de 18 de mayo, en función de un concepto muy estricto de inmediación. Así, en su fundamento jurídico 6 destaca que «Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que “la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración” (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE)».

En función de este razonamiento, no cabe la *revisio prioris instantiae* del recurso de apelación en cuanto ello suponga revisión de la valoración de las pruebas personales en perjuicio del acusado, concluyendo su fundamento jurídico 7 que: «Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de

2.4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional ha tenido, a su vez, reflejo en las posteriores resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo. Además, dicho Tribunal ha puesto de manifiesto reiteradamente la necesidad de implantar de forma generalizada el recurso de apelación como medio de impugnación de todas las sentencias dictadas en primera instancia. Dada la extensión de este trabajo, nos centraremos directamente en la jurisprudencia de la Sala Quinta, que, como no podía ser de otro modo, refleja la de la Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional.

2.4.A. La Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo

En primer lugar estudiaremos la sentencia de 14 de abril de 2010, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que analiza la alegación del recurrente relativa a la vulneración del artículo 24.2 CE, en relación con el artículo 14.5 PIDCP y el artículo 2.1 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por inexistencia del derecho del condenado a la doble instancia. Los razonamientos de la parte se fundaban en que, pese al texto de los preceptos citados y al dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁴¹ de 11 de agosto de 2000, la estructura legal del recurso de casación regulado en nuestro ordenamiento no satisface el derecho de todo justiciable a

primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE».

Cierto es que la reproducción audiovisual permite en gran medida percibir no solo el lenguaje verbal, sino también el gestual —en ocasiones aún más importante—, así como las dudas o reticencias del deponente absolutamente intranscribibles en un acta. En cambio, adolece de la posibilidad por parte del tribunal de solicitar aclaraciones sobre las manifestaciones vertidas, y cercena la facultad de las partes de someter a contradicción alguna de las manifestaciones, lo que pudiera ser esencial para la formación de la convicción del órgano judicial.

Por tanto, no cabe duda de que mediante los medios tecnológicos actuales de reproducción el tribunal *ad quem* ocupa una posición similar a la que tuvo el juez *a quo*, lo que le permite observar la totalidad de las palabras pronunciadas, los gestos o expresiones y el estado anímico del declarante, transmitiéndose de manera fidedigna los elementos de la prueba objeto de valoración. No obstante, también es indudable que la garantía constitucional relativa a que el declarante pueda dirigirse directamente al juzgador quiebra si aquel no se halla presente al objeto de ser interrogado.

⁴¹ *Vid.* pp. 51.

una segunda instancia que permita que sea analizada y revisada la valoración de la prueba, y que por el tribunal de alzada se examine la razonabilidad y coherencia de las pruebas de cargo, su suficiencia y su coherencia con el discurso condenatorio de que se trata. En consecuencia, reclamaba el recurrente que en la segunda instancia pueda valorarse la necesidad o no de la práctica de pruebas denegadas, así como las omisiones que pudieran aparecer en los hechos probados a la vista de las pruebas practicadas.

La Sala Quinta en esta sentencia recuerda que la cuestión planteada ha sido reiteradamente abordada y resuelta tanto por el Tribunal Constitucional como por las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo, y señala algunas sentencias al efecto. Así, la STS (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2001, trayendo a colación lo ya mantenido en el auto de la misma Sala de 9 de julio de 2001, indicaba que sobre el dictamen del Comité de Derechos Humanos ya se había pronunciado el Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Segunda, de 13 de septiembre de 2000), precisando que «el recurso de casación previsto en las Leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966».

A mayor abundamiento se recuerda que, como ya señalaba la sentencia de la Sala Segunda, de 4 de diciembre de 2000, debe tenerse en cuenta la diversidad de sistemas procesales sobre los que se proyecta el citado Pacto Internacional, y que han de ponderarse las características de las normas procedimentales de cada país, sin que pueda y deba entenderse que dentro de la estructura de nuestro sistema procesal penal no exista una protección de las garantías suficiente, sin olvidar tampoco la vía del recurso de amparo como la adecuada para la protección de los derechos tutelados en el Pacto. Siguiendo esta línea argumental, la Sala Quinta señala que, en el marco de nuestra jurisdicción militar, son aplicables estas consideraciones, toda vez que los principios y requisitos en materia de recurso de casación penal regulados en la LECrim se recogen y asumen por la LPM en sus artículos 324 a 327.

En el mismo sentido, se resalta el contenido de una nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia en la que se reitera que la regulación de la casación penal vigente es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone en este punto la naturaleza del recurso, ni su contenido o amplitud y admisibilidad⁴², aun-

⁴² SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88 y 20/89.

que también reconoce en alguna de estas sentencias, y en otras posteriores, la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal⁴³.

Por otro lado, la Sala Quinta destaca que no se trata de minimizar en modo alguno el dictamen invocado del Comité⁴⁴, si bien señala que ello no implica que pueda interpretarse con el alcance que proponía el recurrente, ya que dicho órgano ni actúa, ni tiene el carácter, ni las competencias propias de un tribunal supranacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto y su cometido sea, en principio, formular indicaciones imperativas a los legisladores nacionales para la modificación de las normas. Por todo ello, y dada la trascendente función de vigilancia del Comité en la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, la Sala reconoce que los Estados parte deberían tratar de acomodarse a la interpretación que este realice de dicho texto.

Además, la sentencia recuerda que desde la óptica constitucional se ha venido declarando en forma constante, a partir de la STC 70/2002, de 3 de abril, que el artículo 14.5 PIDCP es perfectamente compatible con la revisión en casación de las sentencias condenatorias dictadas en instancia, 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. Entre dichas reglas deben encontrarse todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia confor-

⁴³ SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90 y 160/93.

⁴⁴ De conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, «las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las Libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y entre estos Convenios se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyos preceptos son objeto de interpretación por el CDH, cuya estructura orgánica se desarrolla en la parte IV del Pacto (artículos 28 y ss.), y se complementa por el Protocolo Facultativo, en el que se establece la posibilidad de que «todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita» (artículo 2), lo que dio lugar al pronunciamiento del Comité.

me a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Así, entiende la Sala que «Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al artículo 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa solo la aplicación del Derecho)»⁴⁵.

En consecuencia, la Sala Quinta afirma que, desde el prisma de la falta de fuerza vinculante de los dictámenes del Comité y considerando la amplitud de la función que ejerce el recurso de casación en nuestro ordenamiento, se evidencia que la estructura legal del recurso de casación satisface el derecho de todo justiciable a una segunda instancia⁴⁶.

Continuando con el análisis de la jurisprudencia de la Sala Quinta, la sentencia de 20 de diciembre de 2013 examina un recurso de casación que se fundamentaba en discrepancias con el Tribunal Militar Territorial basadas en la falta de credibilidad que este había concedido al testimonio prestado por la recurrente, como víctima de los hechos imputados en las actuaciones, denunciando la equivocación de los juzgadores de la instancia al valorar la prueba practicada. Pues bien, la Sala recuerda que, ante la posible revisión de la convicción probatoria adquirida por el Tribunal *a quo* respecto de las pruebas personales practicadas ante él en la vista oral, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, asumiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre esta cuestión⁴⁷.

⁴⁵ En el mismo sentido, SSTC 80/2003, de 28 de abril; 105/2003, de 2 de junio; 123/2005, de 12 de mayo; 296/2005, de 21 de noviembre, y 136/2006, de 8 de mayo.

⁴⁶ *Vid. infra* pp. 52 y ss.

⁴⁷ *Vid.* las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 127/2010, 45/2011 y 46/2011, así como las sentencias 1223/2011, 164/2012 y 670/2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

También respecto de esta cuestión se ha venido reiteradamente pronunciando la Sala Quinta, habiéndolo hecho así en sentencias de 26 de abril y 9 de diciembre de 2012 y 23 de enero y 31 de octubre de 2013, señalándose en la primera de ellas que «la doctrina del Tribunal Constitucional, a raíz de su sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, continuada por otras muchas en el mismo sentido (SSTC 258/2007, de 18 de diciembre; 49/2009, de 23 de febrero; 30/2010, de 17 de mayo; 127/2010, de 29 de noviembre, y más recientemente las 107/2011, de 20 de junio; 135/2011, de 12 de septiembre, y 142/2011, de 26 de septiembre), es contundente en cuanto a que las sentencias condenatorias dictadas resolviendo un Recurso de Apelación, deducido frente a sentencias absolutorias recaídas en la primera instancia, deben fundarse en las pruebas de cargo que se hubieran practicado ante el Tribunal superior en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, lo que resulta de rigurosa observancia cuando se trata de pruebas personales valorables a partir de la insustituible

Así, recoge esta sentencia que el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 88/2013, de 11 de abril de 2013, al abordar la concreta cuestión de fondo planteada en el recurso que dio lugar a la misma, se pronuncia sobre el alcance de las garantías procesales en los casos de revisión por tribunales superiores de sentencias absolutorias en la instancia penal, analizando los criterios sentados en las SSTC 167/2002 y 184/2009 y su evolución posterior. En esta línea reitera que ello fue objeto de un detenido análisis, inspirado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*), por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, según la cual «el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción», habiéndose consolidado a partir de ello una doctrina constitucional reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual «resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)—, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria».

Centrándose en los supuestos de interposición de recursos ante sentencias absolutorias, la Sala Quinta recuerda las sentencias 184/2009 y 88/2013, en las que el Tribunal Constitucional significa que para com-

inmediación que asiste al órgano judicial *a quo*. Doctrina seguida por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (SSTS 1000/2011, de 5 de octubre; 1217/2011, de 11 de noviembre, y más recientemente 171/2012, de 6 de marzo); y por esta Sala en sentencia, entre otras, 9 de diciembre de 2011 (vid. además STEDH 25 de octubre de 2011, caso *Almenara Álvarez c. España*). Lo que resulta extensible al Recurso extraordinario de Casación en que no está previsto la práctica de cualquier prueba».

plementar las garantías del acusado «también de conformidad con la misma doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la STC 167/2002, en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (artículo 24.2 CE)».

A partir de ello, se ha establecido que la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas, no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6).

Señala también la Sala Quinta que el Tribunal Constitucional⁴⁸ advierte que «la duplicidad de derechos fundamentales que se consideran concernidos en proyección de las doctrinas establecidas en las SSTC 167/2002 y 184/2009 ha llevado a que este Tribunal haya realizado un análisis independiente de ambas cuestiones en algunos pronunciamientos (así, SSTC 184/2009; 142/2011, de 26 de septiembre, o 153/2011, de 17 de octubre). Ahora bien, atendiendo al desarrollo, fundamentación y evolución de las doctrinas jurisprudenciales derivadas de las SSTC 167/2002 y 184/2009, se pone de manifiesto no solo la íntima interconexión de los criterios sentados con dichos pronunciamientos, sino también que tienen un fundamento común, al englobarse de manera inescindible la exigencia de inmediación probatoria y el derecho del acusado absuelto a ser oído, que no es sino una concreta manifestación del principio de contradicción, en el más genérico derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De ahí que este Tribunal también haya optado en otros pronunciamientos por hacer un análisis integrado y conjunto de ambos aspectos (así, SSTC 135/2011, de

⁴⁸ Sentencia 88/2013.

12 de septiembre, FJ 3, y 126/2012, de 18 de junio, FJ 4) (...) <<vulnera el derecho a un proceso...>> con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Finalmente, la Sala Quinta concluye que, como ha señalado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia 670/2012, de 19 de julio, «Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional —que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así que, cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas, es poco plausible que prosperen los recursos de apelación y casación que pretenden revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia».

En consecuencia, con independencia de la consistencia de las objeciones y reparos de los recurrentes a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia, según la doctrina originada en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, del derecho a un proceso con todas las garantías se deriva la exigencia de que solo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, pueda valorar las pruebas personales, encontrándose vedada la eventualidad de que el órgano que revise la sentencia condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que empeore su situación si fue condenado, «si para ello fija un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas cuya práctica exige la inmediación del órgano judicial resolvente, esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción» (sentencia 184/2009).

Por tanto, en el recurso de casación no resulta viable entrar a revalorar la prueba practicada ante el tribunal *a quo*, a fin de establecer una nueva versión de los hechos, porque se exigiría que se pudiera volver a practicar

la prueba y escuchar los diferentes testimonios, incluido el del acusado, y los informes periciales evacuados en el acto de la vista oral.

En definitiva, nos encontramos que en sede casacional, ante la imposibilidad de practicar la prueba que pudiera confirmar la realidad de los hechos discutidos y la culpabilidad del acusado y oír nuevamente a este, no cabe sino rechazar el recurso, lo que reitera la necesidad de implantar un recurso de apelación en nuestra jurisdicción, así como la modificación de los artículos de la LEC que regulan dicho recurso.

2.5. EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas en su dictamen de fecha 20 de julio de 2000, al analizar si el Estado español violaba el PIDCP por no garantizar un recurso que permitiera en todo caso la revisión íntegra del fallo condenatorio y la pena impuesta, y si esa labor era llevada a cabo por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación, definió dicho derecho como una revisión íntegra del fallo y la condena. El Comité en su dictamen declaró que el sistema español vulneraba el artículo 14.5 PIDCP cuando la sentencia es solo recurrida en casación, ya que este constituía un recurso incompleto que únicamente examinaba aspectos formales y legales, pero que no permitía la revisión íntegra del fallo y la pena, que es la razón de ser del citado artículo 14.5 PIDCP.

Tras este dictamen, España fue nuevamente condenada por la violación del artículo 14.5 PIDCP —tanto en el caso *J. Semey c. España*, comunicación 986/2001, de 30 de julio de 2003, como en el caso *Sineiro Fernández c. España*, comunicación 1007/2001, de 7 de agosto de 2003—, al reiterar el Comité el razonamiento expresado en dicho dictamen. Concretamente, el Comité subraya que es el propio Tribunal Supremo el que afirma que no forma parte de sus atribuciones la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador de primera instancia, lo que a su parecer impide de forma clara una revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio.

Posteriormente, en el caso *J. M.^a Alba Cabriada c. España* (comunicación 1101/2002, de 1 de noviembre de 2004), el Comité no solo recuerda la ya señalada aseveración del Tribunal Supremo, sino que afirma que la función desarrollada por el Alto Tribunal cuando se alega la violación del derecho a la presunción de inocencia no es suficiente para garantizar el derecho reconocido en la norma internacional. Dicha argumentación aparece asimismo recogida en el caso *A. Martínez c. España* (comunicación

1104/2002, de 29 de marzo de 2005), en la que el Comité concluye que se produjo una violación del artículo 14.5 PIDCP al existir un sometimiento limitado al tribunal superior⁴⁹.

González Cano⁵⁰ entiende que una interpretación literal del artículo 14.5 PIDCP implicaría la necesidad de arbitrar un recurso ante un órgano superior en aquellos casos en los que un acusado, absuelto por un tribunal inferior, es condenado por primera vez por el tribunal de apelación, y además supondría la incompatibilidad del sistema de aforamientos con dicho artículo dada la imposibilidad en esos supuestos de acudir a un órgano superior, extremos que ya hemos tratado en otros apartados de este trabajo⁵¹. En este sentido, ya hemos señalado que países como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca y Francia han incluido en sus declaraciones y reservas una cláusula recogiendo su innecesariedad, y que Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza han excepcionado la aplicación del artículo 14.5 PIDCP a los supuestos de aforamiento. Sin embargo, España ratificó el Pacto de Nueva York sin reserva ni declaración alguna, lo que implica su aceptación en los términos en los que fue redactado.

Al respecto, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han matizado los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, afirmando que nuestro sistema cumple con los requisitos del Pacto y que el recurso de casación permite llevar a cabo la revisión del fallo condenatorio y de la pena de conformidad con las prescripciones del Pacto. Es más, de conformidad con la doctrina constitucional, también podrá comprobar si el derecho a la presunción de inocencia se ha respetado, esto es, si se ha producido prueba válida y de cargo, es decir, si la actividad probatoria se ha realizado conforme a la ley, incluida la infracción de algún derecho fundamental para su obtención, y si de su resultado puede deducirse la culpabilidad del acusado.

⁴⁹ No obstante, no sería justo obviar que el Comité, con posterioridad a los dictámenes mencionados, ha decidido la inadmisión de determinadas comunicaciones, fundamentándose para ello en la estimación de que la revisión efectuada por el Tribunal Supremo en los correspondientes recursos de casación había sido suficiente a los fines del mencionado art. 14.5 PIDCP. Así, la Decisión de 29 de marzo de 2005 (caso Parra Corral; Comunicación núm. 1356/2005), la Decisión de 25 de julio de 2005 (caso Cuartero Casado; Comunicación núm. 1399/2005), la Decisión de 28 de octubre de 2005 (caso Carvallo Villar; Comunicación núm. 1059/2002). En todos estos casos el Comité concluyó, partiendo de las consideraciones transcritas, que la queja relativa a la alegada vulneración del art. 14.5 del Pacto no se había fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad de la correspondiente Comunicación.

⁵⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., *op. cit.*, p. 36.

⁵¹ *Vid. supra* aforamientos, pp. 28 y ss.; condena tras absolución en la primera instancia, pp. 37 y 48 y ss.

En este sentido, la STC 116/2006, de 24 de abril, señala, con cita de la STC 70/2002, que «a través de la invocación del artículo 24.2 CE (tanto del 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», de modo que está abierta una vía «que permite al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba».

Asimismo, la precitada STC 116/2006 recuerda que «el Comité [de Derechos Humanos de la ONU] ha precisado [...] que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que este se desarrolló (decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación 536/1993, Perera c. Australia, párr. 6.4)».

En la misma línea que el Tribunal Constitucional se pronuncia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 1487/2004, de 13 de diciembre, en la que recoge la doctrina de las SSTC 70/2002, 80/2003 y 105/2003, estableciendo que «Aun cuando esta conclusión general sea susceptible de matizaciones en el caso de que lo que se plantee sea la posibilidad de examinar los hechos probados, ello no es óbice para subrayar que mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no 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), lo cual permitirá entender satisfecha la garantía revisora proclamada en los preceptos internacionales invocados por el recurrente. Por su parte, esta Sala consideró la cuestión en el Pleno no jurisdiccional de 13 de septiembre de 2000, en el que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del PIDCP, si bien se añade que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación. Y, tras el Pleno de 28 de septiembre de 2001, en ATS de 14 de diciembre siguiente, la Sala precisó que “los antiguos criterios que consideraban intangible la valoración de la

prueba realizada por el Tribunal de Instancia (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional) han sido superados. Las reglas del criterio racional constituyen el núcleo sobre el que se articula la valoración de la prueba. La vía de la presunción de inocencia ha supuesto un importante impulso a la posibilidad de entrar, por el cauce de la casación, en el análisis y ponderación de la actividad probatoria. Por otro lado, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y el rechazo constitucional a cualquier vestigio de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, obliga a razonar suficientemente el proceso seguido para la valoración de la prueba. El análisis racional de la prueba es una exigencia del propio valor de la justicia; la irracionalidad y el abandono de la lógica vulneran el derecho a un juicio justo, que constituye el paradigma de un modelo de proceso penal en una sociedad democrática”. El atento examen de la realidad revela que en la práctica judicial los tribunales de apelación siguen técnicas de análisis de las sentencias sometidas a su consideración, cada vez más semejantes a las utilizadas por el tribunal a cuyo cargo está la casación, y, a la vez, que la revisión que este realiza se aproxima progresivamente a la de aquellos, a través no solo de la valoración de la legalidad o ilegalidad de la prueba, sino del contenido de la misma y verificación de si puede ser considerada incriminatoria o de cargo, o si por el contrario carece de consistencia para levantar las barreras protectoras de la presunción de inocencia».

No obstante, no parece baladí señalar que desde el Tribunal Supremo, así como desde otros órganos inferiores, se ha pedido la ampliación de la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra todas las sentencias dictadas en primera instancia al objeto de acomodar la revisión de las mismas a las exigencias de la doble instancia, por lo que cabe concluir que realmente nos encontramos con una interpretación forzada de la normativa que regula el recurso de casación, lo que se ha traducido en diversos intentos por parte del legislador de reforma de la LECrim al objeto de adaptar la normativa española a los distintos textos internacionales que regulan la materia, entre los que obviamente se encuentra el artículo 14.5 PIDCP.

3. LA IMPLANTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.1. ANTECEDENTES

La modificación de la LPM al objeto de incluir la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera

instancia, debe ir de la mano de la que se lleve a cabo en la LECrim para recoger en su articulado la celebración de vista cuando las cuestiones debatidas lo demanden. Por ello, me permito hacer un breve bosquejo del sistema de recursos en la jurisdicción ordinaria.

En el sistema actual de la LECrim el recurso de apelación tiene por objeto el impugnar las sentencias dictadas en primera instancia en el procedimiento de juicio de faltas (Juzgado de Instrucción, Juzgado de Violencia sobre la mujer o Juzgado de Paz), atribuyendo la competencia a la Audiencia Provincial en los dos primeros casos y al juez de instrucción en el tercero (art. 976 LECrim); y contra sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Penal o el Juzgado Central de lo Penal en procedimiento abreviado cuyo conocimiento incumbe, respectivamente, a la Audiencia Provincial correspondiente y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 790 LECrim). Asimismo las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado de lo Penal en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos son apelables ante la Audiencia Provincial correspondiente (art. 803 LECrim). Además, la LECrim prevé un recurso que explícitamente denomina *de apelación* contra las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado. La competencia para el conocimiento del recurso se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente comunidad autónoma (art. 846 bis a) LECrim).

Por tanto, se establece la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas por los órganos unipersonales, mientras que contra aquellas dictadas por órganos colegiados solo cabe interponer recurso de casación, por lo que el derecho a recurrir es inversamente proporcional a la gravedad del delito, de manera que la revisión de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia y las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia (art. 847 LECrim), al igual que las dictadas por los Tribunales Militares Territoriales y Tribunal Militar Central, se llevan a cabo a través del recurso de casación (arts. 847 LECrim y 324 LPM), que no olvidemos no reexamina los hechos probados al no contar con la intermediación y contradicción necesarias, independientemente de la vía abierta a través de los artículos 849.2.º LECrim —error en la apreciación de la prueba— y 717 LECrim —reglas del criterio racional—, respaldada por el cauce establecido por los artículos 24.2 CE y 5.4 LOPJ⁵².

⁵² No es preciso recordar que dicho sistema impugnativo supuso que el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiese diversos dictámenes en los que se declaraba que

Para paliar estas deficiencias, la LO 19/2003 de 23 de diciembre, modificó el artículo 73 LOPJ e introdujo un nuevo artículo 64 bis LOPJ con el fin de atribuir competencia para conocer del recurso de apelación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, frente a las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales; y a la Sala de Apelación de lo Penal de la Audiencia Nacional, respecto de las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El objetivo fundamental era crear un único procedimiento de apelación cualquiera que fuera la sentencia objeto de recurso, con exclusión de la apelación de las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, que se rige por los artículos 846 bis a) y ss. LECrim.

Sin embargo, aunque de conformidad con el artículo 64 bis LOPJ la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de apelación que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal, al no haberse efectuado modificación alguna en la LECrim, no se dispone cuáles son los recursos atribuidos a ella. De otra parte, el artículo 73 LOPJ también carece de viabilidad, ya que establece que la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, pero la LECrim no establece resolución alguna dictada en primera instancia. Por otro lado, tampoco se han modificado los artículos 847 y 848 LECrim, lo que implica que las únicas resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente (art. 846 bis a) LECrim) son las del magistrado-presidente del Tribunal del Jurado.

nuestro sistema de recursos incumplía lo estipulado en el art. 14.5 PIDCP al no garantizar adecuadamente el derecho de todo condenado a que su caso fuera revisado por un tribunal superior a aquel que dictó la sentencia condenatoria.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que el recurso de casación permite revisar la adecuación valorativa de la sentencia impugnada si el recurrente alega la vulneración de algún derecho fundamental. Así, el art. 5.4 LOPJ está considerado como la vía adecuada para examinar si se han respetado derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la existencia de una motivación fundada del fallo que permita conocer el criterio intelectual y el juicio lógico utilizado por el juzgador.

A ello habría que añadir la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que también considera que el recurso de casación garantiza el derecho a la doble instancia basándose en una interpretación amplia de los motivos, bien invocando el art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba), bien citando el art. 852 LECrim (infracción de precepto constitucional) mediante la alegación directa de la vulneración de la presunción de inocencia.

Sin embargo, la doctrina señalada sobre el alcance del recurso de casación llevada a la práctica por el Tribunal Supremo ha hecho desaparecer sus límites y ha desvirtuado la principal función que dicho órgano está llamado a cumplir, consistente en la unificación de doctrina [STC 70/2002, de 3 de abril (FJ 7)].

A mayor abundamiento, la creación de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional ha sido criticada por algunos autores al considerar que no posee las características de órgano superior. Pues bien, la cuestión clave es qué entendemos por un órgano superior, esto es, si el elemento distintivo deriva únicamente de la jerarquía orgánica, por lo que solo cabría la revisión por un órgano que ocupe un rango más elevado en la estructura judicial, en este caso inexistente y de difícil creación; o si bastaría simplemente con la existencia de una jerarquía funcional, es decir, que estuviese formado por magistrados de mayor antigüedad, con méritos reconocidos y adecuados al puesto a ocupar, con unos determinados requisitos diferenciadores de los que compongan la Sala de lo Penal y con una labor independiente de fiscalización de las resoluciones judiciales definitivas dictadas por la referida Sala de lo Penal⁵³. No cabe duda de que esta última posibilidad implica forzar el concepto de órgano superior, a lo que habrá que añadir que tanto los intentos de reforma de 2006 como de 2011 modificaban esta idea creando un sistema de recursos en el que se reforzaba el papel de los Tribunales Superiores de Justicia como órgano de apelación.

A mayor abundamiento, tanto en la reforma del recurso de amparo llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, como en la ampliación del incidente de nulidad, el objetivo radicó en diversificar la labor de cada órgano judicial de manera que los inferiores ejercieran el control de la legalidad y de un adecuado enjuiciamiento, mientras que el Tribunal Constitucional se ocupara de aquellos supuestos de especial trascendencia constitucional.

Esa era también la intención de las citadas reformas del recurso de apelación, cuya finalidad era crear una segunda instancia que relevase al Tribunal Supremo de la labor hasta ahora encomendada y pasase a realizar una función unificadora de la interpretación de las normas.

3.2. SOLUCIONES

Las soluciones que se reflejarán en este apartado parten de la concepción de que el recurso de apelación es una garantía para todas las partes en

⁵³ Ciertamente es que el art 64 bis LOPJ incluye en su apartado 2.º la posibilidad de que en determinadas circunstancias los magistrados de esta Sala sean adscritos por el Consejo General del Poder Judicial total o parcialmente a otra Sala de diferente orden, extremo que dificulta su necesaria caracterización como superior, sin que por otro lado se especifique criterio alguno para pertenecer a la Sala de Apelación que los distinga de los magistrados que formen la Sala de lo Penal.

el proceso y para la sociedad en sí misma, por lo que no cabría limitar la facultad de las partes acusadoras en relación a su ejercicio, como se pretendía en la fallida reforma de 2011.

Así, dos son las reformas a abordar: por un lado, la implantación del recurso de apelación como medio de impugnación de las sentencias penales dictadas en primera instancia y la modificación de los artículos de la LECrim que lo regulan, al objeto de permitir la celebración de vista en los supuestos en los que se debata sobre cuestiones de hecho que determinen la inocencia o culpabilidad; y por otro, la reestructuración de la planta judicial de manera que todas las sentencias dictadas en primera instancia sean recurribles ante un tribunal *ad quem*. Estas reformas deberán llevarse a cabo simultáneamente tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar.

Por lo que se refiere a la jurisdicción ordinaria, no cabe duda alguna de que la impugnación de resoluciones definitivas dictadas por órganos unipersonales o relativas a infracciones menores no presenta dificultades dada la existencia en la jurisdicción ordinaria de tribunales superiores. Por lo que se refiere a los órganos pluripersonales, nos encontraríamos en primer lugar con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, que, como señala la doctrina, dadas las características del órgano *a quo*, no es un auténtico recurso de apelación y no cabría que un tribunal superior compuesto por magistrados modifique la apreciación que de las diligencias practicadas hayan obtenido los componentes del jurado, pues en ese caso ningún sentido ni valor tendría dicha primera instancia. En consecuencia, este recurso de apelación no posee la misma dimensión que aquellos interpuestos contra resoluciones dictadas por otros órganos judiciales y no será tomado en consideración.

En cuanto a la creación de una segunda instancia para la revisión de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, no existiría ningún problema en que dicho recurso fuera conocido por el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente, de conformidad con la reforma iniciada por la LO 19/2003.

Respecto al resto de órganos pluripersonales, la posibilidad de una segunda instancia es evidentemente más complicada, pues si las soluciones pasan por la creación de una Sala de Apelación en el mismo órgano, en los Tribunales Superiores de Justicia⁵⁴ la respuesta sería similar a la señalada

⁵⁴ Recordemos que para el conocimiento de las causas penales los Estatutos de Autonomía reservan a los Tribunales Superiores de Justicia la instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribu-

para la Audiencia Nacional, ya que se plantearían serias dudas sobre su carácter de órgano superior, aunque podría ser soslayado exigiendo que los magistrados que la compusieran ostentaran unos requisitos previamente establecidos que les otorguen una especialización o posición superior respecto a los órganos cuyas decisiones deben revisar, si bien ello no parece la solución más adecuada.

Por ello, considero que una posibilidad más acorde con el concepto de jerarquía sería la creación de un Tribunal de Apelaciones como órgano superior a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional enmarcado en el propio Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere a los aforados, tanto la jurisprudencia constitucional como el Protocolo 7 al CEDH reconocen su carácter de excepción a la regla general de la exigencia de una segunda instancia, al igual que las condenas en segunda instancia tras la absolución inicial. No obstante, como ya se ha señalado anteriormente, no hay que olvidar que España no realizó reserva alguna al artículo 14.5 PIDCP. Por ello, en el tema concreto de los aforamientos ante el Tribunal Supremo, cabría la creación de dos Secciones, una de Primera Instancia y otra de Apelación, designándose un instructor que no formara parte de ninguna de ambas Secciones. No obstante, podría ser puesto en tela de juicio el carácter de órgano superior de dicha Sección de Apelaciones.

Centrándonos en la jurisdicción militar, expondré las razones que aconsejan una reforma en el ámbito jurisdiccional militar.

En primer lugar, señalar que dejaré a un lado los debates doctrinales que puedan existir sobre otras modificaciones procesales generales que podrían abordarse en la LPM, así como los específicos problemas que aquejan a la jurisdicción ordinaria y que la doctrina y el legislador anudan a la reforma del sistema de recursos, como por ejemplo la sobrecarga de trabajo por la acumulación de asuntos que sufre la Sala Segunda del Tribunal Supremo o la consideración como fundamental de la labor de dicho Tribunal en la creación de una jurisprudencia unificada respecto a todos los delitos contemplados en el Código Penal, ya que entiendo que estos no pueden convertirse en un elemento primordial para la modificación de nuestro sistema de recursos, si bien la labor de unificación de doctrina emana de forma natural de las soluciones que se plantean en este trabajo.

ción no corresponda al Tribunal Supremo. Se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas (arts. 73.3.b) y 73.4 LOPJ).

Al contrario, la piedra angular de la reforma debería ser en la defensa y protección de los derechos fundamentales, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que las garantías y derechos que corresponden al justiciable han de ser los mismos en el proceso penal militar que en el proceso penal común, y tanto uno como otro debe respetar el ordenamiento jurídico patrio y cumplir con las exigencias derivadas de los Tratados suscritos. En consecuencia, no existiendo duda alguna sobre la necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento a las disposiciones del Pacto, no solo respecto al sistema procesal común, sino también al militar, sería necesaria la modificación del sistema de recursos mediante la implantación de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Tribunales Militares, a lo que se añadiría como consecuencia lógica, la modificación del recurso de casación, que quedaría encuadrado dentro de la labor nomofiláctica del Tribunal Supremo.

Así, no existiría problema alguno en relación a las sentencias dictadas por los Tribunales Militares Territoriales, ya que el recurso de apelación sería conocido por el Tribunal Militar Central. En cuanto al recurso de apelación contra las sentencias dictadas por este en primera instancia, incluidas las de aforados, se resolvería por una Sala de Apelaciones creada *ad hoc* en la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Finalmente y en relación a los supuestos de aforamientos, debería crearse en el Tribunal Supremo una Sala de Primera Instancia que, tras la instrucción de la causa por el magistrado designado, conociera del enjuiciamiento, lo que además permitiría que la sentencia fuera recurrible en apelación ante otra Sección de la Sala Quinta. Evidentemente no podría hablarse de una revisión del fallo condenatorio por un órgano superior, pero al menos el enjuiciamiento sería revisado.

Sin duda ello sería una excepción dentro de la labor de unificación de doctrina en la que, como se ha señalado, se pretende se centre el Tribunal Supremo, pero estimo que sería beneficioso la existencia de un sistema que permita un examen posterior de las sentencias dictadas en única instancia. Con ello la posibilidad de instaurar un recurso de casación respecto a las sentencias dictadas en resolución de los recursos de apelación en el enjuiciamiento de los delitos recogidos en el Código Penal que tenga como finalidad la unificación de la doctrina, acompañada de la generalización de la segunda instancia, sería un objetivo menos lejano.

Otro posible organigrama partiría de la existencia de al menos dos Juzgados Togados Militares Territoriales en todos los territorios, de manera que uno instruiría la causa y el segundo sería el competente para el enjuici-

ciamiento de los hechos. La sentencia podría ser recurrida ante el Tribunal Militar Territorial correspondiente. La misma regla se aplicaría a los Juzgados Togados Centrales, de modo que el que conozca de la instrucción de la causa remitiría esta, una vez instruida, a su homólogo para el enjuiciamiento, y la sentencia recurrida en apelación sería examinada por el Tribunal Militar Central, lo que incluiría el supuesto de los aforamientos. Ello significaría que tanto los Tribunales Territoriales como el Central perderían la competencia de enjuiciamiento que hasta ahora ostentaban, convirtiéndose en órganos de apelación⁵⁵.

Sin embargo, cabe resaltar que este nuevo sistema conllevaría que, si se mantiene la premisa de que el juzgador debe poseer un empleo superior al acusado, los jueces togados deberían ostentar necesariamente el empleo de comandante auditor y los jueces togados centrales el de general auditor, lo que en este concreto supuesto conllevaría un problema de plantilla totalmente ajeno al estrictamente jurídico, si bien podría ser resuelto disminuyendo el número de generales auditores en el Tribunal Militar Central, que pasarían a ejercer labores de jueces togados centrales.

Otra opción que cabría plantearse, en su caso, sería que las vacantes de jueces togados, que en este nuevo sistema estarían llamados a juzgar, pudiesen ser ocupadas por miembros del Cuerpo Jurídico Militar de igual empleo que el máximo que pudiesen ostentar los procesados, esto es, capitán en el caso de los Juzgados Togados y coronel, como hasta ahora, los titulares de los Juzgados Centrales. No obstante, encuentro la primera de las opciones más adecuada a nuestra orgánica.

3. CONCLUSIONES

I. La Constitución española no recoge expresamente el derecho a los recursos, si bien el derecho al recurso de quien ha sido condenado en sentencia penal ha sido ubicado por el Tribunal Constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), lo que conlleva una obligación impuesta al legislador en cuanto a su existencia y regulación. Por el contrario, dicho Tribunal ha incluido el derecho genérico a los recursos en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por lo que su delimitación ha quedado circunscrita a un derecho de configuración

⁵⁵ No obstante, surge la cuestión relativa a la resolución de los recursos contencioso disciplinarios que, siguiendo la línea argumental expuesta, también serían conocidos por los Juzgados Togados Territoriales y Centrales.

legal, esto es, para poder ser invocado se precisa que haya sido previamente establecido por el legislador.

No obstante, a mi entender, la ubicación del derecho al recurso en el derecho a un proceso con todas las garantías hubiese sido más adecuado dadas las consecuencias que de ello se derivarían, entre ellas, como acabo de señalar, la de crear la obligación de establecer recursos contra todas las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, teniendo esta concepción especial trascendencia en el campo penal, ya que podría ser invocado por igual tanto a las partes acusadas como a las acusadoras. Sin embargo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha proclamado en innumerables ocasiones que estas últimas no poseen un derecho a la condena del acusado (apartado 1.2).

II. Además, desde mi percepción, el derecho al recurso debe ser concebido como el medio otorgado a las partes en el proceso para obtener la revisión del enjuiciamiento llevado a cabo en la primera instancia, que no una repetición íntegra del mismo, no solo en lo que se refiere al acierto de la decisión final, sino también en cuanto al desarrollo del mismo. En apoyo de la argumentación aquí defendida, parto de la concepción del derecho al recurso no como búsqueda del castigo del culpable en segunda instancia, sobre todo ante sentencias absolutorias, sino de comprobación del cumplimiento de todas las garantías establecidas en la tramitación de los procedimientos judiciales y de revisión de la racionalidad de la decisión.

Así, centrándonos en las partes acusadoras, el Ministerio Fiscal desempeña el papel de garante de los intereses de toda la sociedad, protección del principio de legalidad y confianza en el sistema judicial. Por otro lado, tampoco debe menospreciarse el derecho de la víctima a la defensa de sus intereses, máxime cuando ante una sentencia absolutoria el acusado puede solicitar la apertura de un procedimiento judicial por denuncia falsa contra la que hasta entonces tenía aquella consideración.

Por ello, entiendo que una correcta ponderación de los derechos e intereses en juego debe conllevar una regulación del derecho a los recursos de todas las partes del proceso penal como el único medio o garantía de revisión y constatación de que las resoluciones judiciales no son contrarias a la legalidad o arbitrarias, lo que necesariamente afianza la confianza en el sistema judicial y en la consecución de la seguridad jurídica.

Además, estimo que el recurso de apelación interpuesto por las partes acusadoras contra una sentencia absolutoria o condenatoria que se considera benigna no debe ser entendido como un ataque a la presunción de inocencia, que queda intacta, ni como el ejercicio de un derecho a la condena, sino como una solicitud de comprobación del correcto enjuiciamiento de

los hechos objeto del proceso y que este se ha llevado a cabo con respecto a la legalidad, tal y como establecen los artículos 9.3 y 117 CE. De este modo, la protección otorgada vía recurso superaría los intereses particulares, teniendo como objetivo transmitir a la sociedad confianza en el sistema judicial.

Es más, si bien las propuestas de reforma de la LECrim parecen encaminadas a limitar el derecho de las partes acusadoras a interponer recurso con base en distintas argumentaciones, creo necesario hacer constar que no deberían limitarse determinados derechos que forma parte de nuestro acervo judicial (apartado 1.2).

III. En otro orden de cosas, y centrándonos en el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena por un órgano superior, el sistema de recursos establecido en nuestro ordenamiento jurídico ha sido puesto en entredicho por el TEDH y el CDH, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional ha mantenido que el recurso de casación contaría con los requisitos necesarios para que una correcta revisión de la condena fuera llevada a cabo. Es comprensible que por nuestros Tribunales se intente justificar la existencia de una doble instancia en materia penal como sometimiento al tribunal superior acorde con lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto; sin embargo, afirmar sin fisuras que la casación cumple esos fines no sería correcto, al igual que, desde la sentencia del caso Ekbatani, no cabe duda de que los artículos de la LECrim que regulan el recurso de apelación no se adecúan a la jurisprudencia establecida por el TEDH y posteriormente acogida por el Tribunal Constitucional, ya que nuestro sistema, próximo a la apelación restringida, no recoge la posibilidad de la repetición de las pruebas ya practicadas en la primera instancia de forma generalizada (apartado 2.3).

Claro ejemplo de ello es la evolución de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Supremo, y los razonamientos de los diferentes órganos judiciales de nivel inferior al respecto, así como los intentos del legislador de reformar el recurso de apelación de manera que todas las sentencias dictadas en primera instancia sean recurribles ante un tribunal superior.

En definitiva, independientemente de la denominación del recurso, me parece imprescindible que las sentencias dictadas en nuestra jurisdicción cumplan de forma clara los requisitos establecidos por los Tratados internacionales suscritos por España, lo que implica, como mínimo, la revisión íntegra del fallo condenatorio y la pena por un órgano superior.

En consecuencia, vistas las sentencias dictadas por el TEDH y los dictámenes del CDH, solo se puede afirmar que la reforma de nuestro sistema

de recursos, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la militar, se hace cada día más imprescindible, sobre todo por lo que respecta al articulado del recurso de apelación recogido en la LECrim, dada la difícil adecuación de su articulado a la jurisprudencia constitucional (apartado 2.5).

IV. Por tanto, vistas las sentencias del Tribunal Constitucional, que recogen a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en concreto, los principios de inmediación, contradicción y oralidad y el derecho de defensa en el proceso penal, no cabe duda de que no podrán prosperar los recursos de apelación y casación que pretendan revisar sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia cuando el reexamen de la sentencia recurrida vaya más allá de meras cuestiones jurídicas.

Por tanto, solo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, pruebas personales podrá establecer una nueva versión de los hechos. Esta afirmación cobra especial relevancia en el supuesto de los tribunales que revisen sentencias absolutorias, ya que cuando se debatan cuestiones de hecho de las que se deriven la determinación de la inocencia o culpabilidad, será necesario que se pueda volver a practicar la prueba y a escuchar los diferentes testimonios, incluido el del acusado, así como los informes periciales evacuados en el acto de la vista oral, lo que no resulta viable en el actual recurso de casación.

Por tanto, nos encontramos con que en sede casacional, ante la imposibilidad de practicar la prueba que pudiera confirmar la realidad de los hechos discutidos y la culpabilidad del acusado y oír nuevamente a este, no cabe sino rechazar el recurso y confirmar la sentencia absolutoria dictada en la instancia, lo que reitera la necesidad de implantar un recurso de apelación en nuestra jurisdicción, así como la modificación de los artículos de la LECrim que regulan dicho recurso (apartado 2.4).

V. Por lo que se refiere a los aforados, tanto la jurisprudencia constitucional como el Protocolo 7 al CEDH reconocen su carácter de excepción a la regla general de la exigencia de una segunda instancia, al igual que en los supuestos de condenas por el tribunal *ad quem* tras la absolución inicial. Sin embargo, no hay que olvidar que España no realizó reserva alguna al artículo 14.5 PIDCP, tal y como llevaron a cabo otros países.

Por ello, en el tema concreto de los aforamientos ante el Tribunal Supremo, entiendo que sería necesario crear una vía que permitiese una revisión del fallo condenatorio y la pena. Así, la creación de dos Secciones, esto es, una Primera Instancia y otra de Apelación, designándose un instructor que no formara parte de ninguna de ambas Secciones, podría paliar

la inexistencia de una doble instancia. No obstante, cabría poner en tela de juicio el carácter de órgano superior de dicha Sección de Apelaciones, si bien dado que el Tribunal Supremo se encuentra situado en el vértice de la pirámide del organigrama judicial, difícilmente la revisión podría ser llevada a cabo por un órgano que contase con todas las características que son predicables de un órgano superior (apartado 1.4.A).

VI. En cuanto a la extensión de esta excepción a quienes no siendo aforados son juzgados por el Tribunal Supremo al apreciarse conexidad respecto a los hechos cometidos por quienes sí lo son, si desde el punto de vista del enjuiciamiento es la solución más apropiada al objeto de evitar duplicidad de procesos y un adecuado conocimiento de los hechos, no cabe duda de que desde la perspectiva del no aforado ello supone, a pesar de la garantía de ser juzgado por el más Alto Tribunal, la privación de su derecho a que un fallo condenatorio y su pena sean revisados por una segunda instancia, quedando sometido a la regulación aplicable al aforado. Por ello, la posibilidad de arbitrar un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo paliaría de alguna manera la cercenación del derecho al recurso a la que se somete a los no aforados cuando son enjuiciados por criterios de conexidad junto con aforados (apartado 1.4.B).

VII. En conclusión, lo más adecuado sería establecer en el proceso penal un recurso de apelación contra todas las resoluciones definitivas dictadas en primera instancia, ya que no cabe duda de la necesidad de que todas las sentencias sean revisadas por un órgano superior, máxime aquellas que implican condenas de mayor gravedad. Además, por lo que respecta a la jurisdicción militar, dicha necesidad es más acuciante, ya que nuestro sistema de recursos contra sentencia y autos de sobreseimiento definitivo se basa en la única instancia.

A ello habría que añadir la inexistencia de razones de peso que determinen un distinto régimen de recursos entre la jurisdicción ordinaria y la militar, lo cual solo conlleva una percepción de nuestra jurisdicción como un ente diferente, o al margen de parte de las reglas generales, que considero en nada nos beneficia (apartado 3.2).

En definitiva, la modificación de los artículos de la LECrim que regulan el recurso de apelación al objeto de permitir la celebración de vista en los supuestos en los que se debata sobre cuestiones de hecho que determinen la inocencia o culpabilidad es prioritaria, así como su implantación en la Jurisdicción militar. No obstante, no ha de olvidarse la característica esencial del recurso de apelación, esto es, su carácter restringido, por lo que no abogamos por una repetición íntegra del juicio, sino por una revisión íntegra de la condena y el fallo (apartado 2.2).

VIII. Dejando a un lado los debates doctrinales que puedan existir sobre modificaciones procesales generales que deban abordarse en la LPM, la posición a adoptar sobre si resulta necesaria o no la reforma del sistema de recursos en el ámbito procesal militar deberá estar ligada a la reforma que se pretende llevar a cabo en el proceso común. Es más, debió iniciarse con la LO 19/03, de 23 de diciembre, que modificaba la LOPJ, y cuyo objetivo era la generalización de la doble instancia en la jurisdicción ordinaria, si bien, como en otras reformas, nuestra Ley Procesal no fue incluida.

En cuanto a la jurisdicción militar, considero que sería acertado idear un sistema similar al que se cree para la jurisdicción ordinaria. No obstante, el primer escollo lo encontramos en el empleo que deben ostentar los componentes de los distintos órganos de instrucción y enjuiciamiento, lo que dificulta determinadas reformas, como veremos más adelante. Así, no existiría problema alguno en relación a las sentencias dictadas por los Tribunales Militares Territoriales, ya que el recurso de apelación sería conocido por el Tribunal Militar Central. En cuanto al recurso de apelación contra las sentencias dictadas por este en primera instancia, incluidas las de aforados, se resolvería por una Sala de Apelaciones creada *ad hoc* en la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Finalmente, y en relación a los supuestos de aforamientos, debería crearse en el Tribunal Supremo una Sala de Primera Instancia que, tras la instrucción de la causa por el magistrado designado, conociera del enjuiciamiento, lo que además permitiría que la sentencia fuera recurrible en apelación ante otra Sección de la Sala Quinta.

Evidentemente no podría hablarse de una revisión del fallo condenatorio por un órgano superior, pero al menos el enjuiciamiento sería revisado. Sin duda ello sería una excepción dentro de la labor de unificación de doctrina en la que se pretende se centre el Tribunal Supremo, pero estimo que sería beneficioso la existencia de un sistema que permita un examen posterior de las sentencias dictadas en única instancia.

En definitiva, con ello la posibilidad de instaurar un recurso de casación respecto a las sentencias dictadas en resolución de los recursos de apelación en el enjuiciamiento de los delitos recogidos en el Código Penal que tenga como finalidad la unificación de la doctrina, acompañada de la generalización de la segunda instancia, sería un objetivo menos lejano (apartado 3.2).

IX. Otro posible organigrama partiría de la existencia de al menos dos Juzgados Togados Militares Territoriales en todos los territorios, de manera que uno de ellos instruiría la causa y el segundo sería el competente para el enjuiciamiento de los hechos. La sentencia podría ser recurrida ante el

Tribunal Militar Territorial correspondiente. La misma regla se aplicaría a los Juzgados Togados Centrales, de modo que el que conociera la instrucción de la causa remitiría esta, una vez terminada, a su homólogo para el enjuiciamiento, y la sentencia recurrida en apelación sería examinada por el Tribunal Militar Central, lo que incluiría el supuesto de los aforamientos. Evidentemente, ello significaría que tanto los Tribunales Territoriales como el Central perderían la competencia de enjuiciamiento que hasta ahora ostentaban, convirtiéndose en órganos de apelación.

Sin embargo, cabe resaltar que este nuevo sistema conllevaría que si se mantiene la premisa de que el juzgador debe poseer un empleo superior al acusado, los jueces togados tendrían que ostentar necesariamente el empleo de comandante auditor y los jueces togados centrales el de general auditor, lo que en este concreto supuesto supondría un problema de plantilla totalmente ajeno al estrictamente jurídico. Una posible solución sería la modificación del número de generales auditores que componen el Tribunal Central, de manera que las vacantes de los jueces togados centrales pudiesen ser cubiertas por dichos oficiales generales.

Otra opción que cabría plantearse es que las vacantes de jueces togados, que en este nuevo sistema estarían llamados a juzgar, pudiesen ser ocupadas por miembros del Cuerpo Jurídico Militar de igual empleo que el máximo que pudiesen ostentar los procesados, esto es, capitán en el caso de los territoriales y coronel, como hasta ahora, los titulares de los Juzgados Centrales (apartado 3.2).

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa, «El recurso penal ante la Reforma de La Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista Jurídica de Catalunya* 1, 2005, pp. 53-83.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada «doble instancia»)», *Actualidad Penal* 12, 2002, pp. 277-298.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, «La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio», *Revista de Derecho Procesal* 3-4, 2011, pp. 121-132.
- CACHÓN VILLAR, Pablo, «La doble instancia penal y el recurso de casación», *Revista Jurídica de Castilla y León* 10, 2006, pp. 13-64.
- DE MARCOS VALTIERRA, Concepción, «La doble instancia en el proceso penal: Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitu-

- cional 167/2002, de 18 de septiembre», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 16, BIB 2004\1746, 2004, <www.westlaw.es> [consultado el 10 de noviembre de 2011, a las 10:21].
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, «Observaciones de urgencia al Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y se generaliza la doble instancia penal (versión 15/12/2005)», *Diario La Ley* 6434, 2006, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 3 de marzo de 2006, a las 20:00].
 - FERNÁNDEZ PÉREZ, José Alfredo, «Sistema de recursos, doble instancia y proceso penal militar», *Estudios de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2009, pp. 9-144.
 - GARBERÍ LLOBREGAT, José:
 - «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 331, 1998, <<http://www.westlaw.es>>, BIB 1998/538, [consultado el 29 de octubre de 2003, a las 20:30].
 - «Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 647, 2004, <<http://www.westlaw.es>>, BIB 2004\1773, [consultado el 10 de noviembre de 2011, a las 10:30].
 - «El alcanzable mito de la segunda instancia penal», *Diario La Ley* 6507, 2006, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 3 de marzo de 2006, a las 20:00].
 - GIMENO SENDRA, Vicente, «La intermediación en la 2.^a instancia y las sentencias arbitrarias de la primera», *Diario La Ley* 6876, 2008, pp. 1-4, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 27 de noviembre de 2009, a las 20:00].
 - GÓMEZ DEL CASTILLO, Manuel M., *Jácena* 50, <<http://www.coaajtja.com/articulo.asp?Nu=50&Or=2>> [consultado el 28 de marzo de 2012, a las 20:44].
 - GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel, «El dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español», *Revista Tribunales de Justicia* 2, 2001, pp. 31-41.
 - GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma:
 - «El juicio de faltas y la aplicación de la nueva doctrina del TC en las sentencias 167 y 170/2002», *Diario La Ley* 5766, 2003, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 8 de febrero de 2005, a las 20:00].
 - «¿Resulta acorde la normativa procesal penal española en materia de recursos con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de

- Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 600, 2003, <<http://www.westlaw.es>>, BIB 2003/1356 [consultado el 10 de noviembre de 2011, a las 10:47].
- GÓMEZ RECIO, Fernando, «La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o cómo abrir la Caja de Pandora en el recurso de apelación penal», *Diario La Ley* 5871, 2003, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 8 de febrero de 2005, a las 21:00].
 - HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Barcelona, Bosch, 1991.
 - MAGRO SERVET, Vicente, «¿Pueden las Audiencias Provinciales revocar las sentencias absolutorias de los Juzgados de lo Penal sin oír al acusado? Las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2000 y 170/2000», *Diario La Ley* 5677, 2002, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 8 de febrero de 2005, a las 18:56].
 - MARTÍN PALLÍN, J. Antonio, «Puesta en marcha de las previsiones de la doble instancia por parte de España por condena del Comité de Derechos Humanos», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 615, 2004, pp. 10-12.
 - MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, «El recurso de casación penal como segunda instancia», 2002, <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios_impugnacion/6.pdf> [consultado el 28 de marzo de 2012, a las 22:15].
 - MIRANDA ESTRAMPES, M., *La reforma del Proceso Penal. Comentarios al Procedimiento Abreviado, Juicios Rápidos y Juicios de Falta*, Primera parte, Capítulo VI (De la impugnación de la sentencia. Arts. 790 a 793), Bosch, 2003, <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/vi-impugnacion-sentencia-arts-790-793-205866>> [consultado el 9 de noviembre de 2011, a las 20:25].
 - MORENO CATENA, Víctor, «La apelación penal. Un derecho fundamental», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 615, 2004, pp. 1-5.
 - NAVARRO HERNÁN, Manuel:
 - *Recursos y otros medios de impugnación, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, 2001, pp. 67-122 (Del recurso de apelación), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/recurso-n-43956251>> [consultado el 9 de noviembre de 2011, a las 19:58].
 - *Recursos y otros medios de impugnación. Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, 2001, pp. 219-276 (Del recurso de casación), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/recurso-n-43956254>> [consultado el 9 de noviembre de 2011, a las 20:08].

- OLLÉ SESÉ, Manuel, «España incumple el Derecho Internacional», *Tribunal Libre*, <<http://www.almendron.com.tribunal/>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 12:45].
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús, «La configuración del derecho a los recursos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Constitución Española de 1978», *Revista Xurídica Galega* 21, 1998, pp. 47-61.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, «La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Fundamento del Derecho a la Doble Instancia», *Diario La Ley* 6566, 2006, <<http://diariolaley.laley.es>> [consultado el 9 de octubre de 2006, a las 18:15].
- PULIDO QUECEDO, Manuel, «La ejecución del dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre revisión de condena penal ante la Sala Segunda del TS», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 615, 2004, pp. 6-8.
- RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen:
 - *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, 2008, pp. 95-107 (Los recursos contra resoluciones de dirección procesal), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/recursos-resoluciones-direccion-procesal-55883858>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 10:43].
 - *Los recursos en el proceso penal. Evolución y propuestas de reforma*, Dykinson, 2008, pp. 111-141 (La segunda instancia), <<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/segunda-instancia-55883859>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 10:47].
- *La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, <<http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/4546/1/EI%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:38].
- ROJAS CARO, José, *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, Bosch, 1991.
- TODOLÍ GÓMEZ, Arturo, «Doctrina jurisprudencial y reforma legal respecto de la segunda instancia penal por delitos graves», *Revista Internauta de Práctica Jurídica* 19, 2007, <http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/na/19-27.pdf> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:44].
- TUERO MADIEVO, Manuel A., *El derecho a la segunda instancia penal*, <<http://tuerosanchezyasociados.com/blog/?p=8#comments>> [consultado el 11 de noviembre de 2011, a las 11:18].

- VARELA CASTRO, Luciano, «El nuevo sistema de recurso de apelación contra sentencias», *Revista Xurídica Galega* 47, 2005, pp. 14-45.
- VECINA CIFUENTES, Javier, «Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal», *Revista Jueces para la Democracia* 56, 2006, pp. 56-74.
- VIEIRA MORANTE, F. Javier, «Contradicción e inmediación en la práctica de las pruebas y su valoración en segunda instancia», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 563, 2003, pp. 1 y 5-6.