

La reforma de la casación penal

Jacobo López Barja de Quiroga

Documento de trabajo 108/2007



Jacobo López Barja de Quiroga

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, ha sido profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad San Pablo. Ingresó en la Carrera Judicial en 1980; es presidente de la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid y ha sido vocal del Consejo General del Poder Judicial. En la actualidad se encuentra destinado en servicios especiales como magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, adscrito a la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Jacobo López Barja de Quiroga

ISBN: 978-84-96653-48-1

Depósito Legal: M-16994-2007

Contenido

Resumen ejecutivo	5
1. Introducción	7
2. Teoría general del sistema de recursos	8
2.1 Sistemas organizativos	8
2.2 La Ley de Enjuiciamiento Criminal	20
2.3 La futura reforma	21
3. El diseño de un nuevo recurso ante el Tribunal Supremo	25
3.1 Planteamiento	25
3.2 El Tribunal Supremo como órgano “supremo”	26
3.3 Características diferenciales	27
3.4 Funciones	31
3.5 Relación con los Tribunales Superiores de Justicia	33
4. El nuevo recurso de casación penal en la futura reforma procesal	34
4.1 Ámbito	34
4.2 Motivos	35
4.3 Inadmisión	36
4.4 Visión general	36
4.5 Elección del sistema	41
4.6 Sistema seguido en el Proyecto	45
4.7 Sistema de unificación de doctrina	45
4.8 Sistema del Proyecto de reforma	46
4.9 El recurso de casación en interés de la ley	50
4.10 Sistema no adoptado: las cuestiones previas	52
4.11 La segunda instancia en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo	52
5. Organización de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo	54
6. Conclusiones	56
Bibliografía	60

Siglas

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
FJ	Fundamento jurídico
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La reforma de la casación penal

Jacobo López Barja de Quiroga

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

La configuración del sistema de recursos en un determinado ordenamiento jurídico nos mostrará un dato muy revelador respecto al rendimiento de dicho ordenamiento en la defensa de los derechos fundamentales. El derecho a un juicio justo incluye que en su organización se tenga en cuenta la necesidad de un sistema de recursos. El momento actual es muy importante al respecto, pues se hace necesaria la introducción de una segunda instancia o, al menos, de un segundo examen de la culpabilidad, por un tribunal superior. Esto conlleva que deban determinarse las líneas maestras de dicho recurso de apelación: presencia o no del acusado, repetición o no de la prueba, existencia o no de vista pública, capacidad o no de alterar el hecho probado, etc.

Una vez determinadas las líneas generales del recurso de apelación, es el momento de reflexionar sobre el recurso de casación o sobre un recurso ante el Tribunal Supremo. Sin duda, un sistema lógico ha de responder a un modelo organizativo considerado en su conjunto y que responda a pautas concretas y precisas. Por ello, no es lógico establecer dentro del sistema dos recursos con el mismo objeto; esta conclusión no se desvanece por el hecho de que a los recursos se les asignen nombres diferentes (apelación y casación). De ahí que, si el recurso de apelación es un recurso en cuyo ámbito no se repite la prueba y, en consecuencia, es un recurso sobre el Derecho aplicado, la consecuencia es que el recurso de casación o el recurso ante el Tribunal Supremo ha de ser otra cosa.

Nuestro sistema procesal penal ha sufrido múltiples reformas parciales, pero ha perdurado en el tiempo. Es ineludible que por fin se aborde la elaboración de otra organización bajo otros criterios rectores. El presente documento de trabajo incide en esa línea en un aspecto clave del sistema: los recursos, principalmente el que procede ante el Tribunal Supremo; y lo hace desde su consideración como parte de un sistema armónico y buscando una fundamentación que explique su razón de ser. Este documento de trabajo pretende reflexionar sobre lo que debe ser el futuro recurso ante el Tribunal Supremo. Cómo debe configurarse este recurso y cuál ha de ser su amplitud son cuestiones que han de extraerse en gran medida del carácter de “supremo” y “superior” en todos los órdenes jurisdiccionales que caracteriza al Tribunal Supremo. Su articulación dentro del sistema y con rasgos bien diferenciados del recurso de apelación es una necesidad ineludible.

- La existencia de un recurso ante una instancia judicial superior a la que conoció el asunto en primera instancia es, hoy en día, imprescindible. En el caso de que un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establezca la doble instancia, entonces el procedimiento en su conjunto debe cumplir con las garantías del artículo 6 CEDH. Además, la primera instancia ha de realizarse mediante vista pública; la segunda, también mediante vista pública, si bien caben excepciones o matizaciones.
- El examen de los hechos requiere intermediación entre el juzgador y las pruebas y, por ello, debe establecerse, mediante vista pública, una nueva y total audiencia. El recurso de casación circunscrito a las cuestiones de Derecho no precisa de la vista pública ni de que el acusado comparezca personalmente y sea oído por el tribunal.
- Acerca de las propuestas de regulación del recurso de casación, éste debe contemplarse desde una perspectiva esencial: es un recurso que se atribuye al tribunal que es “superior” y “supremo” en nuestro ordenamiento, aunque el Tribunal Supremo no puede dar respuesta a todos los asuntos que se le planteen. Hay que reconocer, pues, al Tribunal Supremo la capacidad de elaborar y dirigir una “política judicial de carácter jurisdiccional”.
- Sobre la reforma del recurso de casación actualmente en trámite parlamentario hay que decir que diseña un recurso de Derecho, sin que sea factible discutir cuestiones de hecho. La reforma articula los motivos de casación sobre la base de la existencia de una contradicción de la sentencia recurrida, pero, en realidad, no es un recurso estricto de unificación de doctrina, sino que diseña un sistema mixto de infracción de ley y por contradicción de doctrina. La contradicción sólo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales; sin embargo, debe prescindirse de este requisito centrado en la identidad fáctica.
- Aunque el sistema de unificación de doctrina previsto permita conformarlo como de infracción de ley, es conveniente introducir algún supuesto que de forma directa (esto es, sin necesidad de recurrir a la vía interpretativa) permita interponer el recurso de casación por infracción de ley.
- La reforma diseña un recurso de casación de base amplia, de manera que extiende los supuestos de sentencias recurribles. Sin embargo, se le dota de un mecanismo de admisión/inadmisión de corte tradicional. Esto es, se circunscribe la inadmisión a la existencia de alguna de las causas recogidas legalmente. Debe aceptarse que la decisión sobre la inadmisión sea acordada mediante una mera providencia.
- El conocimiento en segunda instancia en el Tribunal Supremo en el caso de supuestos de aforados debe suponer una nueva sección fija dentro de la Sala Segunda, a la que se le añadirán otras competencias como la revisión penal, los informes sobre indultos, el recurso de amparo judicial y algunas de las que ahora se encuentran atribuidas a la llamada Sala del 61.

1. Introducción

La configuración de los recursos en el marco de un sistema de enjuiciamiento es cuestión crucial que pone de relieve una opción legislativa más o menos acorde con la defensa de los derechos fundamentales¹. Al respecto hemos de recordar que, en la actualidad, la importancia del sistema de recursos conduce a que dos principales Convenios de carácter internacional² recojan la necesidad de que los diferentes Estados los incorporen –si carecieran de ellos– a sus ordenamientos, obligando asimismo a que resulten efectivos.

Ahora bien, el sistema de recursos es o debe ser un todo armónico e interrelacionado. No se trata de incorporar una sucesión de recursos sin estudiar su objeto y su comunicabilidad con los demás; es preciso que se examine lo que se pretende con cada recurso y en qué forma su incorporación permite un mejor esclarecimiento del hecho o de la aplicación del Derecho. En definitiva, debe analizarse cuál es la manera adecuada para conseguir más eficazmente la protección de los derechos que están implicados en cualquier proceso penal. Y todo ello siempre bajo el respeto a la seguridad jurídica.

Por ello, al tratar la reforma de la casación penal, es preciso examinar globalmente cuál es el mecanismo de recursos dentro del sistema de enjuiciamiento de que se trate. En otras palabras, no es lo mismo referirse a la casación penal en un sistema que no tiene otro recurso (por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante LECrim.– en su primitiva redacción), que hacerlo dentro de un sistema que incorpora otro recurso previo (por ejemplo, el denominado recurso de apelación).

Además, al organizar un sistema de recursos, también es preciso tener en cuenta varios principios que están necesariamente implicados, como son los de inmediación, oralidad y publicidad.

-
- 1 Cuestión distinta es el origen histórico de los recursos que, en realidad, fueron instituidos como medio de control sobre los tribunales.
 - 2 Nos referimos al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Teoría general del sistema de recursos

2.1 Sistemas organizativos

A) Notas características de los recursos

Los recursos suelen ordenarse dentro de una estructura jerárquica, colocando primero el de apelación y después el de casación³. Tradicionalmente en España, al clasificar los recursos, se añade que mientras el recurso de apelación es ordinario, el de casación resulta de carácter extraordinario⁴. Pero la realidad es que aquella estructura jerarquizada de recursos no es necesaria y, desde luego, el rasgo de excepcionalidad se encuentra erróneamente atribuido.

Así, en primer lugar, ha de señalarse que, en lo relativo a la estructura de los recursos, el Estado no está obligado por los Convenios internacionales a establecer un sistema de triple instancia; basta con que el sistema de enjuiciamiento incorpore un recurso, no siendo necesaria una segunda instancia y después una tercera (la casación). Ahora bien, si se quiere establecer tres instancias, lo que no deben tener es todas el mismo objeto y amplitud, puesto que, entonces, no sería posible contestar convincentemente a la pregunta de por qué elegir tres para el sistema judicial y no cuatro o cinco. Es preciso insistir en la necesidad de que las sucesivas instancias se encuentren interrelacionadas en adecuada armonía.

De otra parte, a nuestro juicio, no puede sostenerse que debido a que la casación es un recurso extraordinario nunca pueda ser considerada como una tercera instancia (o, en su caso, una segunda). Esta afirmación no resulta correcta. ¿Por qué es un recurso extraordinario?

3 Junto a la organización vertical de los recursos, también es posible un diseño horizontal de algunos recursos.

4 Cuestión distinta es en Alemania, en donde el recurso de casación es considerado como un recurso ordinario; véase Hellmann (1998:269 y 280); Beulke (2004:294 y 305); y Roxin (1995:381 y 398). Por el contrario, en Francia es considerado recurso extraordinario; en efecto, en el Code de procedure penale, dentro del Libro III bajo la rúbrica “de las vías de recurso extraordinarias”, se abre el Título I con la rúbrica “del recurso de casación” (arts. 567 y ss.); los siguientes capítulos están dedicados a las demandas en revisión y al reexamen de una decisión penal consecutiva al pronunciamiento de una sentencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (precisamente estos dos supuestos sí afectan a la cosa juzgada).

¿Porque tiene motivos tasados, mientras que la apelación no?; desde luego, este argumento no es convincente. El criterio de los motivos tasados carece de interés, pues esa circunstancia no transforma al recurso en extraordinario; en realidad, la cuestión de los motivos lo único que revela es una mayor formalidad en su formulación, pero nada más. La distinción entre ordinario y extraordinario se fundamenta en la capacidad de atacar la cosa juzgada⁵ y, desde este punto de vista, tanto la apelación como la casación son recursos ordinarios.

Dicho lo anterior, lo que nos interesa conocer de un recurso ordinario (esto es, que no ataca la cosa juzgada) son los siguientes aspectos:

- Capacidad de alteración del hecho probado (pruebas en segunda instancia e inmediación).
- Vista oral.
- Presencia o ausencia del recurrente.
- Publicidad.

Evidentemente estas características están entrelazadas. Por ejemplo, si no cabe alterar el hecho probado y únicamente se trata de una discusión respecto al Derecho aplicado, el recurso puede ser escrito, sin vista, sin recurrente presente y con una publicidad limitada. No obstante, esta característica, es decir, una publicidad restringida, siendo admisible, no obsta para que resulte más recomendable que exista una publicidad plena; lo cual conlleva a su vez que todos los recursos sean celebrados en vista pública.

B) Capacidad de alteración del hecho probado

Suele interpretarse que el actual recurso de apelación está estructurado como un recurso de *plena cognitio*. Esto significa que el tribunal de apelación puede modificar el hecho probado y, por ello, revocar una sentencia absolutoria y sustituirla por otra de tipo condenatorio⁶. Esta situación resulta disparatada, pues el tribunal podría condenar fundándose en pruebas que no ha visto ni oído, dada la imposibilidad de que se repitieran las mismas en segunda instancia. En realidad, no hay inmediación ni oralidad (aunque haya vista oral), pues lo único que se tiene en cuenta es la traslación escrita de las pruebas al acta del juicio oral.

El Tribunal Constitucional mantuvo, equivocadamente y con cierta reiteración (así, en las sentencias 43/1997, de 10 de marzo; 172/1997, de 14 de octubre; y 120/1999, de 28 de

5 Sólo aquel recurso frente a sentencias que son firmes (que han pasado a la autoridad de cosa juzgada) constituye un recurso extraordinario.

6 No debe olvidarse que el poder recurrir en apelación y que el tribunal *ad quem* sentencie sin prueba y con base en la documentación escrita tiene su base y fundamento en el procedimiento de la inquisición.

juno), que cuando en la segunda instancia no se hubieran practicado nuevas pruebas, no debía existir obstáculo alguno en que la nueva sentencia, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llegase a otra conclusión distinta a la de la primera instancia, pues “el juez *ad quem*, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*”. Esta solución suponía un abandono de los principios de inmediación, oralidad y publicidad. Era incompatible con los criterios del juicio justo sostenidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pero, sin embargo, fue seguida durante bastante tiempo por nuestro Tribunal Constitucional. Ahora bien, la postura era tan indefendible, que el propio Tribunal Constitucional tuvo que rectificar su doctrina, y así lo hizo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, donde pasó a considerar que era necesario mantener una solución acorde con el principio de inmediación.

Señala esta sentencia, siguiendo la doctrina del TEDH, que “cuando el tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso Ekbatani contra Suecia, § 32–; 29 de octubre de 1991 –caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28–; 29 de octubre de 1991 –caso Fejde contra Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su sentencia de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59– 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 sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarlo en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 –caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96–, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea 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 juez de apelación”.

Por tal razón, al centrarse en el caso concreto, el Tribunal Constitucional decide que “debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vul-

nerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción. El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo* (por todas, SSTC 172/ 1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FF JJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim. otorga al tribunal *ad quem*, deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE”.

Esta nueva doctrina ya se ha consolidado en diversas sentencias posteriores (así, por ejemplo, STC 170/2005, de 20 de junio; STC 178/2005, de 4 de julio; STC 186/2005, de 4 de julio; STC 199/2005, de 18 de julio; STC 202/2005, de 18 de julio; STC 203/2005, de 18 de julio; y STC 208/2005, de 18 de julio). Reiterando la misma, la STC 338/2005, de 20 de diciembre, afirma que “resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia 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 a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente, no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena, debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia”.

Y, pretendiendo dejar claro los supuestos en los que no hay vulneración de derechos por dictar en segunda instancia sentencia condenatoria cuando en la primera instancia había sido absoluta, esta misma sentencia del Tribunal Constitucional señala que “no cabrá

efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales”. Este planteamiento resulta correcto en términos generales, pero, sin embargo, será preciso que el Tribunal Constitucional matice el supuesto consistente en la alteración de los hechos probados, cuando dicha alteración no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración, dado que más bien parece un supuesto de mezcla de valoraciones probatorias y tal caso lo más seguro es que no sea aceptable.

Sorprendentemente, todavía hoy en día surgen voces que consideran absurdo el principio de inmediación y que abogan por su desaparición, considerando que el reflejo por escrito de la declaración permite la valoración de la prueba con igual fiabilidad que si el tribunal hubiera “visto” y “oído” directamente al declarante. Evidentemente este planteamiento supone una vuelta a la práctica procesal de la época de la inquisición y un desprecio por la importancia de la prueba directa y del principio de publicidad. La cuestión no parece precisar ahora de un mayor detalle, por lo que partimos de que la prueba ha de ser valorada por aquél ante quien se desarrolla y de que esta operación tiene que llevarse a cabo con publicidad. Por consiguiente, partimos de la defensa del principio de inmediación⁷.

Ésta es, sin duda, como dijimos, la posición defendida por el TEDH. Así, por ejemplo, entre otras sentencias⁸, en el caso Sigurthor Arnasson contra Islandia⁹, la cuestión se centró en que el Tribunal Supremo islandés, ante un recurso contra una sentencia absolutoria, sin oír al absuelto en la instancia y sin escuchar directamente a los testigos, revocó la resolución impugnada y condenó al anteriormente acusado. La sentencia del Tribunal Supremo islandés se basaba “en las transcripciones que de la prueba oral se habían realizado ante el Tribunal de Distrito, en los documentos que constituían el procedimiento ante aquél, así como en los

7 Sobre este principio, véase López Barja de Quiroga (2004:349 y ss).

8 Sobre apelación de sentencias absolutorias, véase también, caso Cooke contra Austria, STEDH, 8 de febrero de 2000; caso Stefanelli contra San Marino, STEDH, 8 de febrero de 2000; caso Constantinescu contra Rumanía, STEDH, 27 de junio de 2000; caso Tierce y otros contra San Marino, STEDH, 25 de julio de 2000.

9 STEDH, 15 de julio de 2003.

informes de la policía relativos al incidente, las declaraciones de los testigos dadas a la policía en la fase de investigación, el informe de autopsia y los resultados del examen médico del fallecido, igual que los informes médicos del demandante, las fotografías del demandante, el coimputado y otras cinco personas que estaban envueltas en la pelea y que más tarde fueron testigos en el caso, fotografías de los zapatos del demandante en la noche de los hechos y fotografías y dibujos del establecimiento donde tuvo lugar la pelea, además de otros varios documentos tales como los antecedentes penales del demandante”. Ante ello, el TEDH señalaba que “las cuestiones sobre las que tenía que pronunciarse el Tribunal Supremo islandés para fallar acerca de la responsabilidad criminal del demandante eran predominantemente de naturaleza fáctica. Difícilmente puede admitirse que tales cuestiones sean sencillas”. Por lo que, teniendo en cuenta que “al decidir en sentencia, el Tribunal Supremo no gozaba de la situación privilegiada del tribunal inferior que sí había oído directamente al demandante (...), este tribunal (TEDH) no considera que las cuestiones sobre las que tenía que resolver el Tribunal Supremo para declararle culpable y condenarle –casando así la sentencia del Tribunal de Distrito– pudiesen ser examinadas, en lo tocante a un juicio justo, sin una apreciación directa de la declaración del demandante y de algunos testigos”.

Si, en consecuencia, al recurso de apelación le negamos la posibilidad de alterar el hecho probado, por falta de inmediación con la prueba, lo cual resulta correcto, ¿en qué se diferencia del recurso de casación? Ambos recursos no modifican el hecho y su objeto es la aplicación del Derecho, resultando estructural y funcionalmente idénticos.

La consideración del recurso de apelación como un recurso de *plena cognitio* no es aceptable en el marco de lo que se denomina un juicio justo, pues la apelación así entendida rompe con los cimientos mismos del proceso: la sentencia que importa es la de apelación, y ésta implica una condena con base en pruebas no vistas y en una lectura de lo dicho que ha sido trasladado por escrito al acta del juicio de instancia. De manera que es preciso repensar la apelación y reflexionar sobre si mediante ella va a ser posible alterar los hechos probados.

La capacidad para redactar los hechos probados está en función de haber visto (y oído) la prueba, lo cual implica inmediación. Así, pues, en principio, el único tribunal que la tiene es el del juicio donde aquella se practique. Esto supone a su vez que cualquier recurso tiene que ser sobre el Derecho y no sobre el hecho. De manera que, si al recurso de Derecho lo denominamos recurso de casación, y al que existe previamente lo llamamos recurso de apelación, éste, por las razones indicadas sobre la inmediación con la prueba, debería consistir en la repetición total de la misma, para que así pudiera ser un recurso sobre el hecho. Ahora bien, si aquél es el modelo-tipo de la casación, y éste el modelo-tipo de la apelación, todavía quedan algunas posibilidades intermedias, como una casación ampliada o una apelación restringida, con lo que los modelos-tipos se acercan y se difuminan sus diferencias¹⁰.

10 Bacigalupo (2005:461 y ss., esp. 519 y ss).

Al respecto cabe pensar en las siguientes formas de regular el recurso de apelación: a) que sea un recurso pleno, de hecho y de Derecho, sin realización de pruebas; b) que comporte un recurso limitado, con nueva prueba que no pudo realizarse en primera instancia; c) que implique un recurso pleno, de hecho y de Derecho, con repetición completa del juicio (sin perjuicio de las estipulaciones entre la acusación y la defensa); y d) que se configure como un recurso limitado a cuestiones de Derecho.

Veamos estas distintas posibilidades:

- Opción a): es inadmisibile, pues al tribunal de apelación le falta la inmediación con la prueba. Sobre esta cuestión no es necesario insistir más.
- Opción b): esta opción consiste en un recurso cuyo objeto, por regla general, sea las cuestiones de Derecho, sin poder alterar el hecho probado, si bien excepcionalmente permite que exista nueva prueba.

La amplitud de esta última posibilidad (de practicar nueva prueba) nos proporcionará el grado de amplitud que se concede al recurso. Puede permitirse que se practique sólo nueva prueba: la que fue indebidamente denegada o la que por causas ajenas a la parte que la propone no pudo llevarse a cabo. O bien, también cabe que se admita la repetición de alguna prueba ya practicada.

A esta opción, en resumidas cuentas, vamos a denominarla recurso de apelación restringido.

El problema que plantea esta opción es el relativo a su capacidad de alterar el hecho probado. Evidentemente, si el recurso se articula para que pueda existir prueba sobre los hechos, correlativamente debe aceptarse que, en su caso, se pueda alterar el hecho probado. Pero la dificultad surge aquí porque al tribunal de apelación sólo le resulta posible valorar la prueba practicada ante él y no llevar a cabo una “mezcla”, valorando aquélla junto con la de la instancia anterior, pues esta última ya resultó evaluada por el órgano judicial correspondiente a la primera instancia. En consecuencia, este recurso de apelación sólo podría tener efectividad plena por medio de una prueba contundente que por sí sola fuera bastante para alterar por completo los hechos probados, esto es, que acogiera un supuesto parecido al contemplado por el actual art. 849.2 LECrim., que es el de la prueba documental.

Por todo ello, la opción por un recurso de apelación restringido, así planteada, resulta ser realmente, por regla general, un recurso sobre el Derecho.

- Opción c): esta opción es respetuosa con el principio de inmediación, pues ante el tribunal de apelación se repite por entero el juicio; por ello, es un tribunal que examina tanto el hecho como el Derecho.

Críticamente, Roxin¹¹ dice que en realidad no se trata de una segunda instancia, sino de una “segunda primera instancia”. Este recurso, que es el que en términos generales rige en Alemania, es objeto de duras críticas. Principalmente a) porque la mayor distancia con el hecho hace que se oscurezcan las pruebas y sea más difícil encontrar la verdad; y b) porque como va a haber una segunda instancia en la que se repite todo, los jueces de la primera instancia no se preocupan del juicio y se quedan en la superficie del caso¹². Ahora bien, es cierto que la figura tiene sus defensores¹³.

- Opción d): aquí se trata de configurar un recurso exclusivamente centrado en las cuestiones de Derecho. Desde luego, resulta respetuoso con el principio de inmediación, pues la valoración de la prueba es la de primera instancia, y, por consiguiente, el hecho probado no puede ser alterado. Aquí el tribunal de apelación controla sólo el Derecho a aplicar y todos aquellos aspectos que no estén ligados a la inmediación; así, las ausencias y denegaciones de prueba y el control externo del razonamiento realizado en la primera instancia.

El problema que plantea esta opción (como alguna otra) es el de diferenciar el recurso aquí configurado como de apelación del recurso de casación; ambos resultarían ser mecanismos con idéntico objeto, exclusivamente el control del Derecho. Y, si se trata de dos recursos iguales, ¿por qué reiterar la vía impugnatoria o, en el lado contrario, por qué establecer sólo un par de posibilidades al respecto? La respuesta intentaremos darla al tratar el recurso de casación.

C) Vista oral/presencia del recurrente/publicidad

Las cuestiones relativas a si en el recurso debe existir vista oral o si se debe contar con la presencia del recurrente, así como sobre el nivel de publicidad exigido durante la presentación de las razones del recurso resultan interdependientes y, a su vez, se relacionan asimismo con la capacidad concedida al tribunal *ad quem* para alterar el hecho probado.

Así, por ejemplo, no resulta admisible alterar el hecho probado, de una sentencia absolutoria a uno de una condenatoria, sin la presencia física del acusado, sin vista y sin publicidad¹⁴.

Es difícil aceptar que el acusado que había sido absuelto en primera instancia pueda ser luego condenado en apelación sin que se encuentre presente.

11 Roxin (1995:400).

12 Cfr: Roxin (1995:391).

13 Véase con detalle la discusión alemana en Bacigalupo (2005:536 y ss.).

14 Véase López Barja de Quiroga (2004:1424 y ss.).

La vista oral en los recursos. Para el TEDH está fuera de toda duda que, establecido un sistema de recursos, el art. 6 del Convenio¹⁵ debe cumplirse también en éstos, incluido el recurso de casación, pues, como se indica en el caso Delcourt¹⁶, “el procedimiento penal forma un todo y debe, normalmente, llegar a una decisión firme. La instancia de casación constituye, por ende, una fase particular cuya importancia puede ser decisiva para el acusado. Sería por ello muy difícil imaginar que los procedimientos de casación escapasen al ámbito de aplicación del artículo 6.1”. Pero, aunque el artículo 6.1 resulte aplicable, también es doctrina del TEDH que la forma de esa aplicación depende de las peculiaridades del procedimiento, el cual debe ser examinado en su conjunto para decidir si el proceso judicial respetó el precepto indicado. Esta doctrina también es mantenida para el recurso de apelación. Así, por ejemplo, en el caso Monnell y Morris¹⁷, el TEDH expuso que debía tenerse en cuenta “el conjunto del proceso desarrollado en el ámbito jurídico interno y la intervención en él del tribunal de apelación o de casación”. En el mismo sentido, pueden citarse las sentencias de los casos Sutter¹⁸ y Ekbatani¹⁹.

Apelación. La sentencia del TEDH que más directamente se refiere al problema de la necesidad de vista oral en el recurso de apelación es la recaída en el caso Ekbatani. En esta sentencia, el tribunal estimó, por diez votos contra seis, que se había violado el artículo

15 El art. 6 del CEDH establece que “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.
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

16 Caso Delcourt, STEDH, 17-1-70, nº 25.

17 Caso Monnell y Morris, STEDH, 2-3-87, nº 56.

18 Caso Sutter, STEDH, 22-2-84, nº 28.

19 Caso Ekbatani, STEDH, 26-5-88, nº 27.

6.1 CEDH; y la importancia de la misma radica, además, en que los hechos objeto del procedimiento de instancia podían ser calificados como una infracción “leve” o “menor”, cuestión a la que se hace referencia en algunos de los votos particulares discrepantes.

Los hechos pueden resumirse así: el señor John Ekbatani era un ciudadano de los Estados Unidos de América que desde 1978 residía en Gotemburgo (Suecia). Intentó conseguir un permiso de conducir y, debido a que no superó la prueba correspondiente, se produjo cierto enfrentamiento verbal entre él y el inspector auxiliar de tráfico que le había examinado. Fue acusado de amenazar a funcionario público y, condenado en primera instancia, se le impuso una multa de 600 coronas suecas. Ekbatani recurrió y el tribunal de apelación falló el caso sin el trámite de vista, de manera que el tribunal confirmó la sentencia de instancia, basándose en los autos y en las conclusiones escritas del Ministerio Fiscal y de la defensa.

Es doctrina del TEDH que la vista pública debe existir, en todo caso, en la celebración del juicio de primera instancia. En cuanto a su necesidad en la segunda o tercera instancia, dependerá de las características del procedimiento en su conjunto. La regla general es que en segunda instancia es también necesaria la vista pública, mientras que en casación es admisible que se siga un trámite escrito. La razón fundamental que subyace a esta regla es que la necesidad o no de vista se encuentra íntimamente relacionada con la competencia del tribunal, esto es, con que el tribunal deba declarar los hechos probados o que únicamente decida sobre la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. La razón aludida, además, es obvia, pues si los hechos probados han de deducirse de las pruebas practicadas, es claro que debe existir intermediación entre la práctica de las pruebas y el tribunal que las va a apreciar.

Así, en el caso Axen²⁰, y aunque se refería a un litigio civil, el TEDH consideró justificada la ausencia de vista oral por las especiales características de los procedimientos seguidos, considerados en su globalidad, dado que en dicho caso el señor Axen fue juzgado por el Tribunal Regional y por el Tribunal de Apelación en audiencia pública, y sólo ante el Tribunal Federal de Justicia, que conoce únicamente cuestiones de Derecho, se examinó el asunto sin vista pública, confirmándose la sentencia. Igualmente, en el caso Sutter²¹ la ausencia de vista pública se circunscribió al examen de si procedía conceder autorización para apelar y no se discutía su necesidad en el momento del conocimiento del recurso, al que no se llegó debido a la falta de autorización para recurrir.

Por estas razones, y volviendo al caso Ekbatani²², el TEDH afirmó allí que “en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación, o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, se cumplirán los requisitos del

20 Caso Axen, STEDH, 8-12-83, nº 28.

21 Caso Sutter, STEDH, 22-2-84, nº 58.

22 Caso Ekbatani, STEDH, 26-5-88, nº 31.

artículo 6, aunque el tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente”, añadiendo que la razón en este último caso se encuentra en “que no corresponde al tribunal declarar los hechos probados, sino tan sólo interpretar los preceptos legales litigiosos”.

Cuando la segunda instancia se encuentra estructurada como un recurso ordinario y pleno, esto es, que permite y obliga al tribunal de apelación a conocer los hechos y los fundamentos jurídicos, entonces la necesidad de vista pública surge como requisito ineludible, derivado de la aplicación de artículo 6.1 CEDH. Esta regla fue establecida por el TEDH de forma categórica en el citado asunto Ekbatani²³, en cuya sentencia se declaraba: “En el caso de autos, el tribunal de apelación conocía tanto de las cuestiones de hecho como de las de Derecho. En especial, tenía que estudiar en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del demandante. La única limitación de su competencia era que no podía aumentar la pena impuesta en primera instancia... Ahora bien, dadas las circunstancias, no se podía resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del (ahora) demandante –quien se quejaba de que no había cometido la acción considerada punible– y del reclamante [se refiere al inspector auxiliar de tráfico]. El nuevo examen, por el tribunal de apelación, de la declaración de culpabilidad que impugnaba el señor Ekbatani, exigía, por tanto, una nueva y total audiencia, en presencia de los dos interesados. Las limitaciones de las facultades del tribunal de apelación por la prohibición de la *reformatio in peius* sólo se referían a la pena. No se podían tener en cuenta para el problema principal suscitado: la culpabilidad o la inocencia del acusado. Lo mismo hay que decir de la posibilidad que tenían todos para conocer los autos” (con esta última frase el TEDH se refiere a la posibilidad establecida por la ley sueca relativa a que los autos judiciales pueden ser consultados por el público). Por ello, el TEDH concluye que “vistos el conjunto del procedimiento ante los tribunales suecos, la misión del de apelación y la naturaleza de la cuestión que se le ha sometido, llega a la conclusión de la total falta de justificación de la denegación al demandante de una audiencia pública y del derecho a ser oído en persona. Por tanto, se ha violado el artículo 6.1”. Así, pues, para el TEDH, si la apelación permite el reexamen de los hechos, y existe polémica sobre la determinación de los que se consideran probados, dicho recurso no sólo debe ser conocido en forma oral y pública, sino que, además, es preciso que el recurso suponga “una nueva y total audiencia”.

Resta indicar que, a consecuencia de estos hechos y la demanda del Sr. Ekbatani, Suecia modificó el Código de Procedimiento Judicial, restringiendo los supuestos en los que resultaba posible una sentencia de apelación sobre el fondo sin audiencia pública.

Casación. En el apartado anterior ya hemos hecho referencia a cómo consideraba el TEDH que debía aplicarse el artículo 6.1 CEDH en el caso de recurso de casación, si bien

23 Caso Ekbatani, STEDH, 26-5-88, nº 32 y 33.

ha de indicarse que el sistema casacional examinado por dicho tribunal se basa en que el órgano de casación limita su examen a la cuestión jurídica que subyace en el litigio, sin que sus competencias abarcasen un reexamen de los hechos. En este último supuesto, parece que el TEDH parte de que se seguirá el sistema del reenvío. Así, en este sentido, en el caso *Delcourt* y en el caso *Axen*.

A pesar de que la casación limite su ámbito de aplicación al examen de los preceptos jurídicos (en los países en que está así establecido), ello no impide que también en dicho recurso deba tenerse en cuenta el art. 6.1 CEDH²⁴, aunque ello no implica que, necesariamente, haya de existir una vista pública²⁵, pese a que su existencia preservaría mejor las garantías establecidas en el art. 6.1 CEDH²⁶.

Debe tenerse en cuenta que, a juicio del TEDH, la razón que justifica la ausencia de debates públicos en la instancia casacional se encuentra en que no le corresponde al órgano judicial de la misma hacer la declaración de hechos probados. De no ser así, esto es, si el sistema procesal no establece el reenvío y es el propio tribunal de casación el que entra a examinar los hechos y tiene competencias para alterar los probados, habrá de concluirse que será exigible la celebración de una vista oral, pues en otro caso no se respetarían las garantías del artículo 6.1 CEDH.

Conclusiones derivadas de la doctrina del TEDH. Conviene que nos detengamos un momento y recojamos sucintamente las conclusiones que, tal vez a modo de reglas, se derivan de lo expuesto:

- La existencia de un recurso ante una instancia judicial superior a la que conoció el asunto en primera instancia es, hoy en día, imprescindible.

Al margen de ello, debe recordarse que España tiene firmado un tratado internacional que la obliga a establecer el sistema de doble instancia o, al menos, de doble examen (sobre esta cuestión no es preciso entrar ahora).

- En el caso de que el Estado parte en el Convenio establezca la doble instancia, entonces el procedimiento en su conjunto debe cumplir con las garantías del artículo 6 del mismo.
- La primera instancia ha de realizarse mediante vista pública.
- La segunda instancia ha de realizarse mediante vista pública, si bien, caben excepciones o matizaciones:

24 En este sentido, caso *Delcourt*, STEDH, 17-1-70, nº 24, 25 y 26.

25 Así, en el caso *Sutter*, STEDH, 22-2-84, nº 30; y en el caso *Ekbatani*, STEDH, 26-5-88, nº 31.

26 Caso *Sutter*, STEDH, 22-2-84, nº 30.

- Es admisible un trámite previo que filtre la posibilidad del recurso de apelación, en cuyo caso, tal trámite no requiere vista pública y puede realizarse mediante conclusiones escritas.
- Cuando el recurso se restringe a la fundamentación jurídica y no se extiende al examen de los hechos, la cuestión puede ser resuelta por escrito sin vista pública.
- El examen de los hechos requiere intermediación entre el juzgador y las pruebas y, por ello, cuando el recurso abarca el conocimiento de los mismos debe, en todo caso, establecerse, mediante vista pública, una nueva y total audiencia.
- El recurso de casación circunscrito a las cuestiones de Derecho no precisa de la vista pública ni de que el acusado comparezca personalmente y sea oído por el tribunal. No obstante, la vista pública supone una mayor garantía para la defensa de los derechos fundamentales.

El examen de los hechos parece que exige seguir la técnica del reenvío.

2.2 La Ley de Enjuiciamiento Criminal

La LECrim. original no preveía ningún recurso de apelación contra sentencias (salvo en el caso de las faltas). El que fue introducido posteriormente en los supuestos de delitos menos graves nada decía sobre la capacidad del tribunal *ad quem* de alterar el hecho probado, pero, sin embargo, sin razón alguna, siempre fue entendido como un recurso de plena jurisdicción que abarcaba tanto el hecho como el Derecho. Esta solución resulta inaceptable.

En la actualidad, cabe interponer recurso de apelación contra sentencias:

- En el procedimiento abreviado (art. 790 LECrim.):
 - Sentencias dictadas por el juez de lo penal: apelables ante la Audiencia Provincial.
 - Sentencias dictadas por el juez central de lo penal: apelables ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
- En el enjuiciamiento rápido (art. 803 LECrim.): sentencias dictadas por el juez de lo penal: igual que en el supuesto anterior, es decir, conforme a lo establecido en los arts. 790 y ss. LECrim.

- En el juicio por jurado [art. 846 bis a) LECrim.]: sentencias dictadas por el magistrado presidente del tribunal del jurado (en el ámbito de la Audiencia Provincial): apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- En el juicio de faltas (art. 976 LECrim.): sentencias dictadas por el juez de instrucción: apelables ante la Audiencia Provincial, conforme a lo establecido en los arts. 790 y ss. LECrim.

A esto debemos añadir que la LOPJ también establece que en el caso de los juicios de faltas, si la sentencia la dicta el juez de paz, cabe recurso de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción o ante el Juzgado de Instrucción [art. 87.1.e)], y que si la sentencia la dicta un juez de violencia sobre la mujer, el recurso de apelación puede interponerse ante la Audiencia Provincial (art. 82.1.4°).

2.3 La futura reforma

Veamos sucintamente la futura reforma que recoge el Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal (publicado en el BOCG, serie A, 27 de enero de 2006, nº 69-1).

En relación con las sentencias, en términos generales, se establece un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (cuando el órgano *a quo* es el juez de lo penal) y ante los Tribunales Superiores de Justicia (cuando el órgano *a quo* es la Audiencia Provincial, tanto se trate de procedimiento abreviado como de procedimiento ordinario). Cuando el órgano que dicta la sentencia de primera instancia es la Audiencia Nacional, los recursos los conocerá la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, según los casos.

En lo que ahora interesa, esto es, respecto de la práctica de prueba en segunda instancia, es preciso distinguir dos supuestos: la práctica de nuevas pruebas y la reproducción de la ya practicada. En cuanto a las nuevas pruebas, sólo caben las que versen sobre hechos nuevos, las que no se pudieron proponer en la primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables a la parte que lo solicita.

En relación con las pruebas ya practicadas, el recurrente puede solicitar la reproducción de la grabación de la prueba practicada (la que especialmente le interese) en la primera instancia. En definitiva, la reforma legal prevé un recurso de apelación restringido, con escasas posibilidades de práctica de prueba en segunda instancia y que, en consecuencia, tendrá como

objeto el control de la aplicación del Derecho. En relación con los hechos, únicamente podrá controlar aquellos aspectos que no dependen de la inmediación, como, por ejemplo, el razonamiento lógico de la sentencia, la validez de las pruebas (que no hayan sido ilegalmente obtenidas) y su suficiencia (esto es discutible y discutido), además de los aspectos que se engloban bajo la denominación de quebrantamientos de forma.

Así, pues, se parte del respeto a la inmediación y con ello a la idea de que sólo es posible controlar los aspectos externos o periféricos de la valoración de la prueba, pues ésta, en sí misma, no es revisable, sino que sólo es repetible.

La solución acogida es correcta en cuanto que, como dijimos, se respeta la inmediación²⁷. Sin embargo, más discutible es aquel aspecto en el que se deja un portillo abierto, tanto para la práctica de nueva prueba como en cuanto a la prueba ya practicada. La práctica de nueva prueba, como dijimos, lleva consigo los problemas derivados de la mezcla de la valoración de la nueva junto con la evaluación de la ya practicada en primera instancia, lo cual sólo será admisible si se interpreta en la forma restrictiva a que antes aludimos. En relación con las posibilidades arbitradas respecto de las ya practicadas, los problemas se presentan respecto a la posibilidad de visionar la prueba practicada.

27 Ahora bien, podemos preguntarnos si dicho recurso satisfará las exigencias del art. 14, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como lo interpreta el Comité de Derechos Humanos; además de los anteriores Dictámenes de este Comité [véase López Barja de Quiroga (2004:451 y ss., esp. 468 y ss.)] en los que ya dejó clara su posición, en el de fecha 15 de noviembre de 2004 (Comunicación 1101/2002), el Comité parte de que el examen del tribunal de casación “se limita al examen de si las conclusiones a que llega el tribunal de primera instancia son o no arbitrarias o constituyen una denegación de justicia”, y concluye que “este sometimiento limitado del caso al tribunal superior no está de acuerdo con las exigencias del art. 14, párrafo 5, del Pacto”. Parece que cabe pensar que para el Comité un recurso sobre el Derecho no es suficiente para cumplir con lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto. Sin embargo, esta doctrina ha sido abandonada por el Comité. En efecto, es constatable una clara evolución del Comité sobre esta cuestión, pues, de forma reiterada, principalmente a partir del año 2005 (sin perjuicio de la Comunicación nº 1095/2002, de 26 de agosto de 2005, que sigue la doctrina anterior y contiene votos particulares que insisten en que debe abandonarse esa doctrina), dicho Comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos de conocimiento limitado (es decir, sin volver a repetir prueba y, por consiguiente, cuando el tribunal superior sólo examina la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba) a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los Dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14 de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004, de 13 de noviembre de 2005 (en lo relativo a la revisión por el Tribunal Supremo de la condena impuesta por la Audiencia de instancia; en lo referente a la condena impuesta por el Tribunal Supremo respecto a delitos absueltos en la instancia, el Comité considera que existió violación del Pacto por no poder someter la condena a revisión por un tribunal superior); y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006.

Cabe pensar que si esta posibilidad se introduce en la ley es porque se piensa que, mediante dicha práctica, podrá volver a valorarse la declaración testifical o el informe pericial y, en consecuencia, alterarse el hecho probado. Sin embargo, esta interpretación ha de tomarse con cierta reserva, pues no es lo mismo recibir una declaración (interactiva) que verla en un televisor, una vez conclusa. Por ello, Schünemann²⁸ hace hincapié en la desventaja del juez de segunda instancia, quien no está en condiciones de poder hacer al testigo preguntas adicionales o críticas; señala que es importante que la parte indique cuáles eran las preguntas decisivas o que no se le hicieron las reservas precisas y que tal interrogatorio defectuoso impide otorgarle fuerza probatoria a dicha declaración; es lo que este autor denomina “impugnación por no haberse agotado el medio de prueba en la primera instancia”. Pero, claro, dicho autor no piensa que el tribunal de segunda instancia, que no ha visto ni oído el resto de la prueba, pueda con el solo visionado de la prueba impugnada alterar el hecho probado, sino que él menciona dos soluciones: bien que el juez de la segunda instancia decida tomar declaración nuevamente al testigo, o bien que revoque la sentencia y remita nuevamente la cuestión a la instancia “para realizar una completa producción de la prueba agotando todos los medios existentes”. La primera solución, como ya dijimos, tiene los problemas derivados de la mezcla de valoraciones de prueba (por el tribunal de instancia y el del recurso), pero la segunda solución es correcta y supone reconocer que el tribunal de los hechos es el de primera instancia y que el recurso sólo puede ejercer un cierto control.

Además, no debe olvidarse que una condena fundada en el visionado de un vídeo puede afectar al principio de publicidad.

Ahora bien, también puede pensarse, dada la defectuosa redacción, que el permitir en la segunda instancia el visionado de la prueba grabada tiene como único objeto el que el tribunal de apelación pueda conocer las pruebas practicadas en la instancia a los solos efectos de decidir sobre su suficiencia, cuando ante él se alega el quebrantamiento de la presunción de inocencia. En otras palabras, el visionado serviría para constatar las pruebas realizadas y su suficiencia; en este sentido, cumple un papel equivalente a la lectura del acta del juicio oral. Esta interpretación, perfectamente admisible dada la redacción legal, lleva a una consecuencia, en principio correcta: el visionado no persigue que el tribunal de apelación valore la prueba de instancia y condene con base en ella, sino que la examine a los solos efectos de su suficiencia frente al derecho a la presunción de inocencia. Dijimos que esta interpretación en principio era correcta, y sólo en principio, por cuanto subsiste la cuestión de la valoración de la prueba practicada en la instancia a los efectos de su suficiencia y, ya dijimos que esa posibilidad era –al menos– discutible.

Ahora bien, todo lo señalado no altera la conclusión que anteriormente indicamos: se trata de un recurso de apelación restringido.

28 Schünemann (2005:97).

La reforma no lo prevé, pero, ¿debe existir un segundo recurso de apelación en caso de condena en la primera apelación? ¿Qué hacer en caso de condena en segunda instancia? Se trata de aquellos supuestos en los que una persona ha sido absuelta en primera instancia y la sentencia es objeto de recurso, de manera que el tribunal de apelación revoca la sentencia y condena al acusado. En este caso, ¿debe existir una nueva instancia para revisar esta condena que realiza el tribunal de segunda instancia?

Éste es, en esencia, el caso examinado por el Comité de Derechos Humanos en el Dictamen de fecha 26 de agosto de 2005 (Comunicación 1095/2002), en el que afirmó que “el art. 14, párrafo 5, no sólo garantiza que el juicio sea visto ante un tribunal superior, como ha sucedido al autor en el presente caso, sino también que la condena sea sometida a una segunda revisión, lo que para el autor no ocurrió en el presente caso. Aunque una persona acusada en primera instancia pueda ser condenada en apelación por el tribunal superior, esta sola circunstancia no puede afectar el derecho del acusado a la revisión de su condena y sentencia por un tribunal superior, si no existe reserva por el Estado parte”; por lo que el Dictamen concluye considerando que ha existido violación del art. 14, párrafo 5, del Pacto.

Ahora bien, conviene recordar que el Protocolo 7²⁹ al CEDH, después de establecer (art. 2) el derecho de toda persona culpable al reexamen de la declaración de culpabilidad o de la condena por un tribunal superior, señala una serie de excepciones a este reexamen, como son: los casos en los que se trate de infracciones de carácter menor definidas por la ley; los casos en los que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el tribunal superior; y los casos en los que el interesado haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución.

29 Este Protocolo ha sido firmado por España, pero todavía se encuentra pendiente de su ratificación.

3. El diseño de un nuevo recurso ante el Tribunal Supremo

3.1 Planteamiento

Como dijimos, debemos encontrar la razón o el fundamento de cada recurso o, en su caso, de su ausencia; también será preciso reparar en el objeto del mismo, a fin de poder observar o suponer su funcionamiento.

El recurso de casación nace históricamente como una consecuencia de las ideas de la Revolución Francesa (mediante una ley de 1790³⁰), fundado en una razón puramente política: la defensa de la ley frente a las alteraciones que pudieran introducir en ella los tribunales de justicia. De esa manera, con tal recurso el Poder Legislativo protegía la ley frente al Poder Judicial. Tan era así que sólo podía recurrir el Ministerio Público.

Posteriormente aparecerán otras motivaciones para conservar el recurso de casación, que se irían luego asociando a éste y haciendo perder su concepción originaria. Hoy en día suele decirse que la cuestión se centra en considerarlo un recurso cuyo objeto principal es lograr la uniformidad en la aplicación del Derecho, o bien en el que lo que prima son los derechos de los particulares en el caso concreto. También se defiende una postura que pretende aglutinar las dos posiciones, pues considera que con el recurso de casación se trata de cumplir ambas finalidades; así, Boré³¹ centra las funciones del juez moderno de casación en “el control de la aplicación de la ley, el control de la interpretación y el control de la motivación”. A estas diversas opciones me referiré más adelante.

Lo cierto es que, premeditadamente o no, el recurso de casación, y junto con él el Tribunal Supremo, fue ahogándose en un marasmo de problemas insignificantes y en una agotadora jurisprudencia reiterativa altamente inoperante, en la que, desde luego, el único interés

30 En Francia, la Asamblea Nacional instituyó el Tribunal de cassation mediante la ley de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790; y será a partir de 1804 cuando dicho tribunal llevará la denominación de Cour de cassation; sobre la evolución histórica de los Tribunales Supremos, véase Halpérin (2003:313 y ss.).

31 Boré (1985:425).

visible era la solución del caso concreto, sin proyección alguna de generalización, de abstracción y de futuro. El Tribunal Supremo fue, cada vez más, transformándose en un tribunal ordinario que resolvía cuestiones ordinarias y que se rodeaba de un complejo léxico formalista³². El Tribunal Supremo era una instancia más y razonaba como cualquier tribunal de carácter ordinario.

En la actualidad esta situación no debe mantenerse ni debe degradarse el carácter de “supremo”, concentrándolo en el mero hecho de recibir asuntos (los que el legislador decida) de distintas partes del país. La reforma procesal ya prevé una segunda instancia, por lo que el Tribunal Supremo (y el medio de llegar a él: el recurso de casación) es, o debe ser, otra cosa. No podemos transformar el Tribunal Supremo en una tercera instancia, idéntica a la segunda. ¡No nos escudemos en la cuestión nominalista! De nada sirve decir que en un caso se trata de un recurso de apelación y en el otro de un recurso de casación, cuando su objeto es idéntico.

3.2 El Tribunal Supremo como órgano “supremo”

El carácter de órgano supremo y superior que la Constitución otorga al Tribunal Supremo tiene un concreto sentido que es preciso desarrollar respetando su contenido esencial.

Kelsen³³ explicaba que los órganos supremos “son órganos que están sometidos a los legislativos, ligados a las normas emanadas de éstos, obligados a ejecutarlas y obedecerlas. Convencionalmente, se cuentan entre estos órganos el jefe del Estado (como jefe del Poder Ejecutivo), los ministros, los Tribunales Supremos”. Agregaba Kelsen que “la nota común a todos éstos órganos es la de no estar sometidos a ninguna norma individual³⁴, la de no tener sobre sí ningún ‘superior’, la de ser, por tanto, ellos mismos los ‘superiores’, puesto que pueden crear normas individuales”³⁵.

Refiriéndose a los grados superiores de la jurisdicción, Kelsen explicaba que éstos son órganos supremos, pues “en su dominio no están obligados a obedecer a ninguna norma individual”, sin perjuicio de que, sin duda, deban obediencia a normas generales como la ley o el reglamen-

32 Evidentemente esta crítica a tiempos pretéritos de la casación penal es demasiado general y por ello puede no ser correcta en casos concretos.

33 Kelsen (1934:390 y ss.).

34 Dicho de forma sintética, para Kelsen las normas generales son las emanadas de los parlamentos, mientras que las normas individuales (que también llama normas de ejecución) son las procedentes de sentencias judiciales o de disposiciones administrativas; por eso las normas individuales pueden ser diferentes en las distintas partes del territorio o sólo regir en ciertas partes del mismo (Kelsen, 1934:200, 218, 223, 236 y 275).

35 Kelsen (1934:391).

to. Dentro de la jurisdicción se denominan “supremos” a los más altos, esto es, a los que “deciden en última instancia”, a aquéllos “cuyos actos no pueden ser suspendidos”. Ahora bien, con relación a este asunto, indica Kelsen que “no es que los actos no puedan ser suspendidos en absoluto, sino que no pueden serlo por un órgano de la misma clase”³⁶. Y, como ejemplos, se refiere a que no deja de ser “supremo” el Tribunal Supremo por el hecho de que una ley posterior retroactiva revoque lo dispuesto en la sentencia; o que el ministro no deja de ser “supremo” por el hecho de que su decisión sea recurrida ante los tribunales. Añade Kelsen que “por esta razón, un tribunal de justicia constitucional, que puede suspender las leyes inconstitucionales, no es un órgano ‘supremo’ respecto del legislativo”³⁷.

Así, pues, un órgano “supremo”:

- no está sometido a norma individual,
- no tiene ningún superior,
- constituye la última instancia,
- sus actos no pueden ser suspendidos (al menos, por ningún órgano de la misma clase).

De manera que el Tribunal Supremo, que conforme a la Constitución es “supremo” y “superior”, ha de reunir todas estas características. Lo que, a su vez, implica que cualquier norma que altere o haga ineficaz alguna de las indicadas características es una norma contraria a la Constitución.

Por consiguiente, estas características han de ser reconocidas al Tribunal Supremo, lo que significa que han de respetarse, reconocerse y desarrollarse al regular el recurso ante el Tribunal Supremo y al establecer su relación con los demás órganos del Estado.

3.3 Características diferenciales

Como vimos, el nuevo recurso de apelación es un recurso de apelación restringido que principalmente tendrá por objeto la aplicación del Derecho (y en muy escasa medida cabrá prueba y, correlativamente, alteración del hecho probado). Igual ocurre con el recurso de casación, pues también es y será un recurso sobre el Derecho. ¿Quiere esto decir que vamos a tener tres instancias, de las cuales dos serán dedicadas a recursos idénticos? Evidentemente, es preciso encontrar una forma de organizar el sistema de recursos para que

36 Kelsen (1934:393).

37 Kelsen (1934:393).

éste guarde coherencia interna. La acumulación sucesiva de recursos idénticos carece de sentido.

¿Cuál es la nota o característica diferencial que debe reconocerse y otorgarse al recurso de casación? (pues lo cierto es que la misma posibilidad de casar, esto es, de anular la sentencia, tiene tanto un recurso de casación como uno de apelación). La respuesta a la pregunta estriba en que la casación es un recurso ante el Tribunal Supremo. Ahí está la diferencia, y de ella se deben extraer todas las consecuencias.

El art. 123.1 de la Constitución establece que “el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. ¿Qué consecuencias exige el desarrollo de este precepto constitucional? Que el Tribunal Supremo es el órgano supremo y superior en todos los órdenes³⁸ implica que el legislador no puede restringir su competencia. Dicho de otra forma, ¿podría el legislador establecer, por ejemplo, que la única competencia en el ámbito penal del Tribunal Supremo es el conocimiento de recursos respecto de sentencias recaídas en materia de faltas, cualquiera que sea el tribunal del Estado de que proceda? ¿Podríamos decir que de esa forma se cumple con que el Tribunal Supremo sea el órgano superior? ¿Basta con que algunos asuntos puedan proceder de todo el Estado? Las respuestas se hallan delimitadas por dos características: a) el Tribunal Supremo es el órgano que dice la última palabra sobre el caso; y b) puede serlo en todo tipo de asuntos. Ahí se encuentra el contenido esencial del precepto constitucional. Y, además, el legislador no puede variar a su antojo dicho contenido. ¿Le es posible al legislador desapoderar *de facto* al Tribunal Supremo de su carácter de superior en todos los órdenes jurisdiccionales, mediante la restricción de su ámbito competencial? Desde luego, la respuesta ha de ser negativa. En la actualidad no es así, es decir, el ámbito del recurso de casación no se encuentra establecido sobre estas premisas, pero en el futuro recurso de casación (o recurso ante el Tribunal Supremo) será preciso partir de ellas.

Así, pues, recordemos que el sistema de enjuiciamiento penal debe estructurarse en dos instancias: una de juicio y otra de recurso. Ahí termina el sistema penal; y, al margen, y con otra visión diferente, se encuentra el recurso específico ante el Tribunal Supremo.

Dejando a un lado la característica relativa a que sus sentencias son firmes, pues contra ellas no cabe otro recurso más (dejando ahora aparte la delimitación frente a los recursos de amparo), tenemos ya una cuestión destacada: que su ámbito ha de ser total, es decir, cualquier cuestión de carácter penal que haya terminado por sentencia (ahora no entramos en la cuestión de los autos), y respecto de la que ya no quepa recurso, deberá poder ser susceptible de reexamen ante el Tribunal Supremo.

38 Ya dijimos que los términos órgano supremo y superior tienen su contenido específico dentro de la teoría del Estado; véase Kelsen (1934:390 y ss.).

Junto a todo ello, hemos de admitir que tal premisa implica necesariamente otra: es necesario aceptar que el Tribunal Supremo no puede dar respuesta a todo.

Así, pues, a mi juicio, el recurso en materia penal ante el Tribunal Supremo debe delimitarse conforme a las siguientes características: a) es un recurso de Derecho, es decir, su examen abarca todo lo que no sea consecuencia de la inmediación; b) su ámbito es completo, es decir, su ámbito competencial sólo se restringe por la materia (ámbito penal) y porque se trate de sentencias respecto de las que ya no cabe otro recurso. El recurso puede ser interpuesto contra cualquier sentencia (que reúna esas circunstancias), dictada por cualquier tribunal del Estado y cualquiera que sea el problema que se plantee. Desde este punto de vista, el recurso no es necesario que se encorsete en falsas clasificaciones de quebrantamiento de forma o infracción de ley, ni en vías impugnatorias distintas³⁹.

Aceptando las características indicadas, todo lo demás que sea preciso desarrollar ha de ajustarse a ellas. Esto significa, entre otras cosas, que si se trata de un recurso con un ámbito tan amplio y ya que, evidentemente, el Tribunal Supremo no puede examinarlo todo, la consecuencia de estas dos premisas es que resulta preciso que se le dote de un sistema muy flexible de admisión. Ha de repararse en que en el enjuiciamiento penal que ya concluyó, hubo (además de instrucción) instancia y recurso, por lo que el criterio para que el Tribunal Supremo examine un asunto no puede ser, ni el de si ha existido o no un quebrantamiento de forma o una infracción de ley, ni el de si se produjo una discrepancia entre tribunales, sino el interés y la importancia de la cuestión.

No es deseable imaginar unos Tribunales Superiores de Justicia en apelación diciendo lo mismo que el Tribunal Supremo en casación: sobre el *animus necandi*, sobre si la prueba estuvo bien o mal denegada, etc. Es adecuado que exista un control sobre todas estas cuestiones, pero para eso ya está el recurso de apelación. El recurso ante el Tribunal Supremo, por fuerza, tiene que ser otra cosa.

Antes de entrar en la defensa de un criterio único de admisión, conviene recalcar que el sistema actual no asegura de ninguna manera la uniformidad, ni lo podrá hacer nunca ningún tribunal si parte de la premisa de que ha de reexaminar siempre todo por completo. Resulta completamente antitético afirmar que al Tribunal Supremo va a poder abarcar todo y al mismo tiempo pretender que lo haga en un tiempo prudencial. Este planteamiento es insostenible. Estoy partiendo de un sistema de enjuiciamiento en el que ya han existido dos instancias y en el que el Tribunal Supremo sólo debe actuar cuando hay razones poderosas pa-

39 No puede decirse que he diseñado un Tribunal Constitucional, porque desde luego no es así; estoy refiriéndome a un Tribunal Supremo que sea supremo y superior en todos los órdenes jurisdiccionales. El Tribunal Constitucional es otra cosa. Y no se olvide que en materia de legislación ordinaria la interpretación válida es la del Tribunal Supremo, y a ella se tiene que sujetar el Tribunal Constitucional, siempre que dicha interpretación sea constitucional, sin perjuicio de que desgraciadamente y muy a menudo el Tribunal Constitucional olvide tal afirmación constitucional.

ra hacerlo. De esa manera el Tribunal Supremo sí puede servir de guía precisa en la aplicación del Derecho.

Dijimos que no existían criterios de inadmisión, pues en esta materia necesariamente ha de existir plena discrecionalidad y oportunidad. No todo quebrantamiento de forma, ni infracción de ley, ni discrepancias o contradicciones entre tribunales, aunque existan, deben provocar la atención del Tribunal Supremo. Y no se diga que de esa manera sufrirá la seguridad jurídica, pues la misma debe conseguirse por medio de la instancia y del recurso, y no mediante la impugnación ante el Tribunal Supremo (dado que, al fin y al cabo, siempre se podría pensar en introducir un tercer recurso, si éste no fuera uniforme en sus respuestas; y, así sucesivamente). Lo que importa no es por qué se va a inadmitir el recurso, sino lo que se va a decir en aquellos recursos que son admitidos. Por consiguiente, lo importante es fijarse en que los únicos asuntos que deben ser admitidos son aquéllos que tienen verdadero interés y relevancia.

Claro que entonces se dirá, ¿interés y relevancia para quién? Desde luego no para la parte, pues qué duda cabe de que para ella el que le den la razón siempre es de la máxima importancia. Entonces, ¿cómo se deben concretar tales términos? En función de la aplicación del Derecho y de la relevancia que revista para la vida social; a esas razones se unirá la de oportunidad, pues el Tribunal Supremo deberá decidir cuál es la dirección que, en razón de las necesidades que vaya considerando, considera oportuna aplicar a sus decisiones. Es decir, puede estimar interesante centrarse en desarrollar determinados derechos y aceptar recursos referidos únicamente a ellos y, al año siguiente, orientar el tribunal en otro sentido.

El Tribunal Supremo no puede estar en todo, su atención necesariamente tiene que ser focalizada, por lo que ha de dirigir su esfuerzo hacia asuntos que tengan realmente ese interés e importancia. Esto implica necesariamente discrecionalidad en la elección de los asuntos.

A estas características se puede añadir que en la segunda instancia la sentencia debe haber ya obtenido firmeza y que, por consiguiente, el recurso ante el Tribunal Supremo rompe la cosa juzgada. Con un recurso ante el Tribunal Supremo, estructurado como lo hemos diseñado, sí cabe decir que estamos ante un recurso extraordinario.

Resulta necesario añadir el efecto vinculante de sus decisiones. Vinculación no sólo con relación al caso concreto, sino frente a todos los tribunales.

Por último, también sería preciso analizar si entre las características de supremo también se encuentra la de tener capacidad para avocar cualquier asunto a su conocimiento, si bien no entramos en este momento en el desarrollo de esta cuestión.

3.4 Funciones

A) Planteamiento

Cuando se reflexiona sobre el recurso de casación, suele plantearse la diferenciación entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, para afirmar que en dicho recurso tiene prevalencia el *ius litigatoris*; aunque se añada que en su concepción originaria la función casacional estaba regida por el *ius constitutionis*⁴⁰.

Sin embargo, a nuestro juicio, esa situación pone precisamente de manifiesto que el recurso de casación, tal como se concibe en la actual LECrim., no está diseñado para un sistema penal en el que ya ha existido instancia y apelación. Ahí no cabe un recurso presidido por la función de protección del *ius litigatoris*. Sin duda, debe prevalecer la idea del interés público de la defensa de la ley (en el sentido que luego diremos, y no en el sentido que normalmente se asigna al *ius constitutionis*), sin perjuicio de que el interés del particular sea el vehículo utilizado para la defensa de aquel interés. El *ius litigatoris* ya ha sido satisfecho y garantizado con la instancia y la apelación; el recurso ante el Tribunal Supremo debe tener otro fundamento y cumplir otra función.

En efecto, a la casación se le atribuyen diversas funciones, que se centran en las siguientes: la función nomofiláctica (defensa de la ley)⁴¹ y la función de protección de los intereses de los particulares⁴². Ahora bien, esta última supone que si la necesidad de protección existe, el Tribunal Supremo debe intervenir. Otro tanto sucede con la función nomofiláctica –al menos en la manera en que se viene entendiendo–, pues se

40 Este término de *ius constitutionis*, a nuestro parecer, no es especialmente adecuado, si bien está muy extendido.

41 El término “función nomofiláctica” procede del griego. En algunas ciudades de la antigua Grecia existían los *nomophylakes* o guardianes de las leyes. Quien nos da más información al respecto es Platón [Las Leyes, Libro sexto, 754 d) al 755 b)]; en la Constitución que inventa para una ciudad cretense establecía que los *nomophylakes* eran un grupo de 37 personas elegidas al cumplir 50 años y permanecían hasta los 70 años (no podían ser nombrados antes de los 50 años y no podían estar en el cargo más de 20 años, sin poder superar en el cargo la edad de 70 años), cuyas funciones, como guardianes de la ley y de los documentos (sin perjuicio de otras diversas), eran guardar el texto legal (para que no existieran alteraciones físicas), guardar el registro de propiedades, así como asegurar que los magistrados, en el ámbito de sus funciones, no quebrantaran la ley (la aplicaran mal), de manera que si la ley se había aplicado mal, lo denunciaran ante los tribunales. Platón explica con detenimiento la figura del *nomophylax*, a cuyo grupo de 37, los *nomophylakes*, los considera los más importantes de la ciudad (el más importante sería el que dirigía la política de educación y éste estaba elegido entre los *nomophylakes*) (Morrow, 1993:195 y ss.). Cicerón también se refiere a ellos, indicando que los romanos deberían tener unos *nomophylakes* como los griegos (Cicerón, Sobre las leyes, Libro III, 46 y 47).

42 A veces, se añade la función de obtener la uniformidad en la aplicación del Derecho, pero en realidad esto se consigue con la función nomofiláctica, de la que forma parte.

considera precisa la intervención del Tribunal Supremo en todos los casos en los que se aprecie una interpretación indebida o incorrecta del Derecho. Sin embargo, no es ésta nuestra visión de lo que debe ser un recurso ante un Tribunal Supremo. Este recurso tiene una clara función social de defensa de los intereses generales, que podemos a su vez dividir en dos: el recurso le permite al Tribunal Supremo, por una parte, determinar los valores en los que descansa el ordenamiento jurídico y, por otra, dirigir la política judicial jurisdiccional. De ahí que su intervención pueda y deba ser discrecional y muy selectiva.

Frente al sistema de pregunta-respuesta, es decir, pretensión del particular-respuesta de los tribunales, que debe existir en la instancia y en la apelación, sin embargo, en el recurso ante el Tribunal Supremo es preciso superar esa ecuación y partir de que, ante este tribunal, las más de las veces existirán preguntas sin respuesta e, incluso, respuestas que tengan sólo una relación tangencial con las preguntas que las provocaron.

B) La determinación de los valores

De muy diversas maneras se ha considerado la labor judicial o, con mayor precisión –para lo que ahora tratamos–, la labor jurisdiccional. Esto nos remite directamente a la cuestión relativa a la creación judicial del Derecho.

Superados los planteamientos de corte positivista y de protección absoluta de la ley, así como el entendimiento de que la misma no precisa interpretación alguna, sino la mera y directa aplicación, en la actualidad se ha impuesto el pensamiento neokantiano de los valores. La aplicación de una norma requiere que sea interpretada y, para ello, es preciso considerar todo el sistema de valores que se reconocen en el ordenamiento jurídico de una sociedad determinada.

Si el pensamiento positivista a ultranza considera que la creación del Derecho se debe en exclusiva a la ley, el pensamiento valorativo estima que la ley es uno de los ingredientes, pero que en la labor aplicativa es esencial la proyección de los valores sobre la norma y el hecho. De manera que la aplicación de la norma es la culminación de una variada suma de juicios que realiza el juez, con arreglo a un sistema de valores previamente establecidos o elaborados en la sociedad. Así, pues, la creación del Derecho requiere, junto con la norma, su interpretación valorativa, por lo que cabe afirmar que, en realidad, no existe la norma por sí misma, sino la norma interpretada; o, como señala Kaufmann⁴³, la norma por sí sola no contiene la resolución de un caso concreto.

Esta labor valorativa referencial (al sistema de valores) debe tener una guía, y en esa labor debe centrarse el Tribunal Supremo. Evidentemente, no se trata de valores decididos por

43 Kaufmann, A. (1984:272 y ss., esp. 287).

este órgano, sino de los valores a los que responde el ordenamiento jurídico, es decir, los valores acotados y plasmados por el legislador. Son valores legalmente establecidos.

C) Política judicial jurisdiccional

Un órgano “supremo” debe estar diseñado para poder cumplir su papel y, por tanto, debe otorgársele al mismo una función que le permita ser “supremo” y “superior”. Precisamente, el órgano “supremo” es el encargado de dirigir la política en el reparto de poder que le ha sido asignado.

Si se parte de la necesidad de la división de poderes⁴⁴, y se reconoce que uno de ellos es el judicial, ha de aceptarse que éste también precisa llevar a cabo una política judicial de carácter jurisdiccional (la denominó así para diferenciarla de la política judicial organizativa, que corresponde al Consejo General del Poder Judicial). Esta política judicial sólo puede hacerla el denominado órgano supremo y únicamente mediante un recurso, que presentado ante él, posea tal diseño que le permita ejercerla.

Evidentemente, esto requiere confianza en el órgano, reconocimiento de su función y legitimidad para llevarla a cabo. Lo que, a su vez, puede requerir profundos cambios en su organización, composición, nombramiento y funcionamiento.

3.5 Relación con los Tribunales Superiores de Justicia

Con la apelación (recurso que si se quiere se puede denominar así o de casación, pues como dijimos en realidad es un recurso sobre el Derecho), o mejor, con el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Penal o Sala de Apelaciones), se cierra la jurisdicción y se completa la organización territorial. Instancia y apelación (o casación ante el Tribunal Superior de Justicia) conforman las respuestas de los tribunales al justiciable, con lo que se cumple con la tutela judicial y con las obligaciones internacionales, así como con la configuración de los Tribunales Superiores de Justicia tal y como aparecen diseñados en la Constitución. Ésa es la organización judicial, que se perfila sobre la premisa de pretensión y correlativa respuesta judicial. El Tribunal Supremo ha de cumplir su función de forma distinta y, desde luego, sin partir de esa premisa, salvo cuando actúe como órgano de instancia, esto es, en los supuestos de aforados.

44 Cfr. las conocidas reflexiones de Montesquieu (1970:Libro XI, Capítulo VI).

4. El nuevo recurso de casación penal en la futura reforma procesal

Examinemos ahora cuáles son las líneas maestras de la futura reforma.

4.1 Ámbito

En cuanto al ámbito, está previsto que quepa interponer el recurso de casación contra (nuevo art. 847 LECrim.):

- las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia en causas seguidas por delito por las Audiencias Provinciales (téngase en cuenta lo que diremos al respecto a continuación), por la Sala de lo Penal y por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional;
- las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia;
- las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por la Sala del Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;
- menores: se remite a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (es decir, unificación de doctrina);
- vigilancia penitenciaria: se remite a la disposición adicional 5ª de la LOPJ (es decir, unificación de doctrina).

Este ámbito viene a cubrir casi todas las posibilidades en la jurisdicción penal, pero no se puede afirmar que toda sentencia que ya ha tenido previamente otro recurso sea susceptible de ser recurrida ante el Tribunal Supremo. La cuestión se centra en la recurribilidad de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales. Pues, en efecto, en el Proyecto de reforma se establece que, en este caso, sólo cabrá recurso de casación cuando se hubiere impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente, superen los tres años.

Este planteamiento, que gira alrededor de la pena efectivamente impuesta, implica que el límite a partir del cual la sentencia es recurrible se establece siguiendo la extensión de la pena. Esta forma de concretar el límite tiene el inconveniente de que la determinación de si el asunto tendrá o no recurso de casación quedará en manos del órgano *a quo*, el cual podrá tener en cuenta que su sentencia será revisable o no por el Tribunal Supremo en función de la pena que efectivamente imponga.

El sistema es bastante imperfecto. Más correcto sería considerar que el límite debería establecerse en función de las penas establecidas de forma previa por la ley, con independencia de las efectivamente impuestas; en otras palabras, el criterio limitador debe ser la pena abstracta y no la pena concretamente impuesta. Así lo entendió el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sesión del 24 de enero de 2006; posteriormente, la Sala de Gobierno aprobó el informe que recogía las observaciones efectuadas por el Pleno en lo relativo a la futura reforma del recurso de casación.

Tanto el PSOE como el PP han presentado enmiendas al Proyecto de Ley, dirigidas a modificar el indicado límite. En dichas enmiendas el límite se establece en función de la pena legalmente prevista, es decir, según sistema de pena abstracta y no de pena concreta.

4.2 Motivos

Los motivos previstos para la casación son los siguientes (nuevo art. 848 LECrim.):

- contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrina del Tribunal Constitucional;
- contradicción de la sentencia impugnada con otra sentencia dictada en segunda instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales o Audiencia Nacional, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelva la alegada contradicción.

En todo caso, la contradicción alegada deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida. Y, además, la contradicción sólo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales.

En definitiva, el recurso requiere poner de manifiesto una contradicción con lo argumentado o decidido en alguna otra sentencia, o una ausencia de jurisprudencia sobre la cuestión sometida a debate. Sobre esta cuestión, que, en definitiva, es la que conforma el objeto de este recurso, volveremos más adelante, por lo que nos remitimos a lo que allí digamos.

4.3 Inadmisión

La inadmisión está reglamentada y se hace conforme a las siguientes causas (nuevo art. 884 LECrim.):

- cuando se interponga por motivos distintos de los enumerados en el artículo 848 y que fueron alegados en el escrito de preparación del recurso de casación;
- cuando se interponga contra resoluciones distintas de las comprendidas en el artículo 847 y especificadas en el escrito de preparación del recurso de casación;
- cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos;
- cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición;
- cuando carezca manifiestamente de fundamento;
- cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.

4.4 Visión general

Así, pues, el nuevo recurso de casación se estructura sobre las siguientes bases:

A) Su objeto: el Derecho

Es un recurso sobre el Derecho. En el Tribunal Supremo no cabe en modo alguno discutir cuestiones de hecho. Por ello, expresamente, se consigna como causa de inadmisión (que, en su caso, se transforma en causa de desestimación), “cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados”; y, además, durante la vista (cuando la hubiera) la ley obliga al presidente a no permitir “discusión alguna sobre la existencia de los hechos consignados en la resolución recurrida y llamará al orden al que intente discutirlos, pudiendo llegar a retirarle la palabra” (nuevo art. 897 LECrim.).

Evidentemente, esto debe interpretarse en el sentido de que el tribunal puede entrar en todo aquello que no está alcanzado por la inmediación de la prueba. En otras palabras, en relación con las pruebas sólo cabe impugnar la estructura racional de la motivación

expresada en la sentencia recurrida, esto es, si han sido infringidas las normas de la lógica o las máximas de la experiencia o se han ignorado los conocimientos científicos.

De manera que este recurso sólo puede tener por objeto: a) los problemas de interpretación de la ley; b) los problemas de subsunción del hecho; y c) los problemas de la determinación del hecho que no requieran una repetición de la prueba bajo la aplicación de los principios de oralidad e inmediación.

B) Base

Es un recurso de base amplia, por cuanto cabe que puedan ser recurridas todas las sentencias del ámbito penal de segunda instancia.

Incluso en el juicio de aforados ante el Tribunal Supremo está prevista la posibilidad de una segunda instancia⁴⁵.

C) Razones para recurrir

Nos encontramos ante un recurso que, en principio, se encuentra limitado a una serie de motivos. Se estructura de manera formal, pero, sin embargo, si reparamos en la serie de motivos que se prevé, cabe decir que es posible interponer el recurso por cualquier razón referida a la aplicación del Derecho (no a los hechos), de manera que el formalismo es más aparente que real. Por ello, podemos decir que es de carácter flexible y apto para poder alegar y argumentar cualquier razón por la que se considere mal aplicado el Derecho; esto constituye un avance muy importante en la configuración de este recurso.

45 Supongo que esto es consecuencia del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de fecha 15 de noviembre de 2004 (Comunicación 1073/2002). Se refiere al siguiente hecho: un diputado de las Cortes de Castilla-La Mancha fue juzgado por el Tribunal Supremo y condenado por un delito de falsedad en documento privado; su queja se centró en que al ser juzgado por el Tribunal Supremo no había podido someter su causa a otro tribunal para que la revisara. España argumentó que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensaba en el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía y, además, que ésta es una situación común en muchos Estados parte del Pacto. El Comité, con esa falta de motivación o con esa argumentación tan simple que le caracteriza, afirmó que el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería es una circunstancia que “no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal”. Por consiguiente, el Comité concluyó que se había violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La misma doctrina ha sido mantenida posteriormente en la Comunicación 1211/2003, de 8 de agosto de 2006; así como en la Comunicación nº 1325/2004, de 13 de noviembre de 2006, en lo relativo a que el acusado fue condenado por el Tribunal Supremo como consecuencia de un recurso de casación “por dos cargos” de los que había sido absuelto en primera instancia, lo que produjo una consiguiente agravación de la pena, y frente a dicha condena no pudo recurrir ante ningún tribunal superior para que fuera revisada, circunstancias que a juicio del Comité revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

El primer motivo previsto es el de contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin entrar ahora en que este motivo dará para discutir alrededor de las fuentes del Derecho⁴⁶, lo cierto es que proporciona una gran amplitud de posibilidades a la hora de impugnar una sentencia y argumentar la existencia de una indebida aplicación del Derecho. Lo mismo ocurre con el motivo basado en la alegación de que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con ese punto. Por el contrario, el amparado en la existencia de contradicción con otras sentencias es más complicado de preparar y tiene un ámbito más estrecho, pero estos supuestos seguramente son reconducibles a los otros dos motivos a los que nos acabamos de referir (contradicción con la jurisprudencia o inexistencia de la misma).

Podríamos decir que innecesariamente se encorsetan formalmente los motivos, dando una apariencia que no se compagina con la realidad. Por fortuna, nos encontramos ante un recurso de amplio espectro, con el que es posible plantearle al Tribunal Supremo cualquier cuestión relativa a la aplicación del Derecho.

D) Formalismos

Presencia del acusado. No está prevista la presencia del acusado. ¿Puede transformarse una sentencia absolutoria en otra condenatoria sin que el tribunal (en este caso, el Supremo) haya oído al acusado? Dada la estructura de este recurso, en el que los hechos probados son intocables, la respuesta sería que es posible, pero bastante improbable. Si los hechos no se alteran, difícilmente unos hechos sobre los que se funda una sentencia absolutoria van a poder sustentar otra sentencia que sea condenatoria.

Lo dicho es aplicable a todo recurso en el que su objeto es el Derecho, por lo que en gran medida es aplicable también al recurso de apelación restringido. La conclusión –que no decimos que sea incorrecta– es que las sentencias absolutorias difícilmente son recurribles *contra reo*.

Vista. Se deja en manos del Tribunal Supremo la decisión sobre si el recurso se tramitará con vista o sin ella, es decir, no se establecen supuestos rígidos en los que necesariamente habrá vista. El criterio es que se celebrará cuando el Tribunal Supremo considere que existe un “interés relevante” (nuevo art. 882 bis LECrim.).

Además, cuando el Tribunal Supremo decida que se va a celebrar vista, “señalará los puntos sobre los que versará el acto” (nuevo art. 882 bis LECrim.). Esta disposición permitirá que la vista sea más ágil y que se centre, dentro de lo impugnado, en sólo aquella o

46 La cuestión se encuentra íntimamente relacionada con la modificación del art. 5.1 LOPJ, sobre el que también incide el citado Proyecto de reforma. Respecto a esta modificación nos remitimos a lo que diremos más adelante.

aquellas cuestiones que al tribunal le han resultado dudosas o atractivas, teniendo ocasión el recurrente de profundizar en lo que va a ser la clave de la decisión.

Más aún, cuando alguna cuestión no ha quedado suficientemente desarrollada por cualquiera de las partes, el presidente de la sala puede solicitar “un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida” (nuevo art. 897 LECrim.).

Estas posibilidades que la reforma incorpora permitirán, como digo, una mayor agilidad y concreción en los debates, pudiéndose centrar la cuestión en aquello que el Tribunal Supremo realmente considera dudoso o de relevancia en relación con el recurso interpuesto.

Evidentemente esto supone que el recurrente debe ir a la vista del recurso bien preparado, pues el tribunal puede centrar el debate en ciertos puntos y darle la palabra únicamente para profundizar sobre ellos; no quiero decir que hoy en día los recurrentes no acudan dispuestos, pero es distinto preparar el recurso y lo que se va a decir en la vista, que tener que contestar sobre cuestiones concretas o aspectos jurídicos en los que no se había reparado o considerado que se pasaba con rapidez por encima de ellos. Este sistema es el que sigue en las vistas el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos⁴⁷. Supone, desde luego, un paso que rompe con la ecuación a la que antes nos referíamos (pregunta-respuesta). De entre las preguntas, el tribunal elige alguna o algunas y respecto a ella o ellas la ecuación se invierte.

Cuando no exista vista, el recurso será de carácter escrito y la publicidad se obtendrá mediante el depósito de la sentencia.

Inadmisión. Aquí es donde debería estar una de las claves de la reforma. Si la premisa de la que se parte es que toda sentencia de segunda instancia es recurrible ante el Tribunal Supremo, basta con realizar una sencilla operación aritmética para conocer el número de recursos que van a entrar en este tribunal. Es evidente que el Tribunal Supremo no puede absorber tal cantidad de asuntos, y la única manera de que funcione es utilizando un potente filtro que impida el paso de todos aquellos recursos respecto de los que no es preciso que se pronuncie.

Se trata de aplicar discrecionalmente criterios de oportunidad. Recordemos que nos encontramos ante un sistema de justicia penal en el que ya han existido una instrucción y dos instancias, por lo que no se trata o no debe tratarse de implantar un recurso ante el Tribunal Supremo con los mismos criterios que presiden las anteriores fases. Únicamente tiene sentido el sistema si el recurso ante el Tribunal Supremo se elabora con otra fundamentación, diferente objeto y finalidad distinta a la de los recursos de segunda instancia. Esto implica que

47 Véase al respecto y con toda claridad las Rules of the Supreme Court of the United States que fueron acordadas el 14 de marzo de 2005 y entraron en vigor el 2 de mayo de 2005.

en la inadmisión se pueda funcionar con criterios de oportunidad que evalúen el interés y la importancia del asunto, en el sentido anteriormente indicado.

En otras palabras, a la vista de la nueva regulación, podemos decir que las causas de inadmisión son reconducibles a dos grupos: las basadas en razones formales y las de fondo; son la versión negativa de los criterios de estimación de un recurso de casación.

La reforma no innova en este campo. No hay criterios de oportunidad, salvo lo que se interprete que puede dar de sí la causa de inadmisión basada en la ausencia de fundamento; no obstante, en realidad, esta causa va centrada en la ausencia de fundamento del recurso y no en la falta de interés del mismo. Así, pues, será difícil que pueda existir una respuesta en la admisión/inadmisión que sea ágil.

El problema se encuentra, a nuestro juicio, en que la reforma parte de considerar que el recurso ante el Tribunal Supremo es el de casación y, aunque elabora o introduce algunos cambios, lo hace siempre bajo ese presupuesto de partida.

Sin embargo, a nuestro modo de ver tal presupuesto sólo tiene razón de ser si la casación se incorpora al sistema como recurso único. Es decir, en un sistema de justicia penal de única instancia y con un recurso de Derecho que sea la casación.

Pero las cosas no son así. La reforma introduce una segunda instancia con recurso básicamente de Derecho, y entonces la impugnación que venga después ante el Tribunal Supremo necesariamente ha de ser diseñada de otra manera. A ello ha de unirse que nos encontramos con la Constitución, que considera al Tribunal Supremo como el órgano jurisdiccional superior en todos órdenes, lo que significa, entre otras cosas, que el legislador debe respetar la efectividad de tal definición.

A mi modo de ver es preciso partir de estos presupuestos y obtener las consecuencias de su desarrollo. El Tribunal Supremo ha de funcionar eficazmente y debe poder hacerlo bajo criterios de oportunidad. Dicho de otra manera, la idea de que el Tribunal Supremo ha de contestar en todo caso, bien inadmitiendo o, si se admite, estimando o desestimando el recurso, y basándose siempre en causas estereotipadas, es una premisa que es preciso superar. Eso de que si la causa es A, el Tribunal Supremo siempre ha de decir A, no es el planteamiento adecuado. El Tribunal Supremo ha de ser el que decida en qué materias entra a conocer y en cuáles no, de manera que, ante una causa A, en determinada ocasión pueda decir A y no volver a entrar en el problema en los restantes recursos. Evidentemente, esto implica una vinculación absoluta de la jurisprudencia con relación a los demás tribunales.

La cuestión y su enfoque también tienen una proyección formal. ¿La inadmisión debe motivarse y adoptar la forma de auto? Así aparece en el Proyecto de reforma (nuevo art. 888 LECrim.).

Sin embargo, lo cierto es que si partimos de configurar el recurso ante el Tribunal Supremo en la forma en la que lo hacemos, la motivación –en términos generales– carece de razón de ser y se impone la inadmisión por providencia, es decir, sin necesidad de aquélla. En efecto, debemos partir de que ya han existido dos instancias previas y, por consiguiente, se ha cumplido con el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva. A ello ha de añadirse que lo esencial en el recurso ante el Tribunal Supremo no es la corrección o incorrección de la resolución recurrida, ni la prosperabilidad o improsperabilidad del recurso planteado. Para ello ya están las instancias previas. Lo importante en el momento de la admisión/inadmisión del recurso no es por qué no se admite el recurso, sino el hecho de que la parte ha expuesto el asunto de tal manera que ha motivado al Tribunal Supremo para que lo considere de tanta importancia como para que exista una sentencia sobre la cuestión presentada.

Dicho de otra forma, superado el sistema de pregunta-respuesta, lo importante no es por qué no hay respuesta; esto carece de interés. Lo relevante es que exista una decisión sobre alguna de las cuestiones que en el recurso se plantean. Por ello, la motivación de la inadmisión carece de razón de ser. Por último, conviene insistir en que la falta de respuesta (la inadmisión mediante providencia inmotivada) no es una denegación de justicia que obstaculice el interés y el derecho de la parte a obtener la tutela judicial efectiva; pues basta con recordar que todo ello ya se obtuvo con las dos instancias previas.

El informe del Pleno de la Sala Segunda de 24 de enero de 2006, al que ya nos hemos referido, mantiene que la inadmisión debería poder llevarse a cabo mediante una providencia, es decir, sin motivación. Existe una enmienda del PSOE al nuevo art. 888 LECrim. en la que viene a establecerse que la inadmisión podrá acordarse mediante una “providencia sucintamente motivada”. Es un paso más hacia la propuesta ya apuntada, pero, a nuestro juicio, como dijimos, esa motivación, aunque sea sucinta, carece de significado para el sistema.

Relación con los Tribunales Superiores de Justicia. La relación con los Tribunales Superiores de Justicia es sencilla: sus sentencias pueden ser recurridas ante el Tribunal Supremo. Y tal y como se encuentran diseñadas las causas para fundamentar un recurso de casación, tal cosa es posible no sólo por presunta contradicción entre sentencias procedentes de estos tribunales, sino que también cabe interponer el recurso por contradicción con la jurisprudencia. Como dijimos, en realidad un recurso de casación puede ser fundamentado en cualquier razón que suponga una indebida aplicación del Derecho.

4.5 Elección del sistema

A) Introducción

La decisión política respecto a la elección de un determinado sistema para el recurso ante el Tribunal Supremo afecta directamente al objeto del mismo. En esta cuestión el legislador no

es completamente libre de elegir el sistema que más le guste, sino que está sujeto a ciertos parámetros que establece la Constitución y de los que no puede sustraerse. Así, ha de elegir uno que permita y posibilite el cumplimiento del art. 123 de la Constitución. Esto implica que ha de diseñar un recurso ante el Tribunal Supremo que suponga para éste ser “supremo” y “superior”, con el contenido que estas especiales características tienen y a las que ya nos hemos referido. De manera que la elección del sistema viene impulsada por la necesidad de que, cualquiera que sea el seleccionado, en su seno el Tribunal Supremo debe reunir tales características. De no ser así, el sistema no resultaría acorde con la Constitución⁴⁸.

¿Estamos ante un tribunal que revise la formación del hecho probado? ¿Se trata de un recurso que sólo examinaría la subsunción? ¿Solamente debe actuar en caso de una contradicción entre sentencias de los tribunales inferiores? Las preguntas pueden multiplicarse; sus respuestas nos mostrarán cuál será el objeto de ese recurso y cuál el rendimiento que se puede esperar de éste.

El objeto del recurso de casación ha pasado por diversas etapas desde su creación original francesa⁴⁹: de no poder los jueces interpretar la ley, hasta su interpretación y el examen de la formación del hecho en lo que no dependa de la inmediación. El siguiente paso, el actual, es determinar el objeto de este recurso cuando se lo configura como de unificación de doctrina.

Veamos a continuación sucintamente el sistema actual.

B) Sistema actual

El sistema de la LECrim. es el basado en la distinción de tres grupos de posibilidades (seguidamente veremos que la distinción es reconducible a la infracción de ley): la infracción de doctrina constitucional, la infracción de ley y el quebrantamiento de forma.

La distinción entre infracción de ley y quebrantamiento de forma es didáctica, pues qué duda cabe que en los supuestos de este último tipo también se ha producido una infracción de la ley. En realidad, el recurso de casación se interpone porque ha existido una vulneración de la ley. Ahora bien, aceptando esa distinción establecida en la LECrim., podemos realizar la siguiente clasificación:

a) Infracción de ley:

- infracción directa de la ley (art. 849.1º LECrim.);

48 Véase, en este sentido, defendiendo que la función de unificación de doctrina no puede ser la única función otorgada al Tribunal Supremo, pues de ser así, no se cumpliría con lo establecido en la Constitución, Bacigalupo (2006:779 y ss.).

49 Véase con detalle Bacigalupo (2006:781 y ss.).

- por errónea interpretación del texto;
 - por errónea subsunción bajo el texto correctamente interpretado.
- b) Infracción indirecta de la ley (art. 849.1º LECrim. y, en casos excepcionales, art. 849.2º LECrim.):
- por infracción de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos (art. 849.1º LECrim.: concepto de ley; art. 9.3 CE: exclusión de la arbitrariedad);
 - por infracción de las reglas de la ponderación de la prueba documental (art. 849.2º LECrim.).
- c) Quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851 LECrim.).
- d) Vulneración de precepto constitucional (arts. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ).

El recurso de casación puede interponerse por infracción de ley, por quebrantamiento de forma y por infracción de precepto constitucional (con ello no quiere decirse que este último supuesto sea algo distinto de los dos anteriores), y los diferentes motivos se fundamentarán en los arts. 849 (infracción de ley), 850 y 851 (quebrantamiento de forma) y 852 (–y art. 5.4 LOPJ– infracción de precepto constitucional) de la LECrim.

En general, y como regla aplicable a todos los recursos de casación, sea cual fuere la base del motivo que se interpone, debe tenerse presente que, en todo lo relacionado con las pruebas practicadas y su valoración (por ejemplo, cuando se alega infracción del principio de presunción de inocencia, por tratarse de una declaración de la víctima, testificales no percibidas verosímiles, pruebas periciales que son valoradas en un sentido que no interesa al recurrente, etc.), el recurso de casación tiene la función de garantizar la correcta aplicación de la ley y sólo puede tener por objeto: a) problemas de interpretación de la ley; b) problemas de subsunción del hecho; c) problemas de la determinación del hecho que no requieran una repetición de la prueba bajo la aplicación de los principios de oralidad e inmediatez (supuestos de infracción indirecta de la ley). Las cuestiones de hecho están fuera de la casación, pues ésta gira en torno a infracciones jurídicas. Por ello, la cuestión en casación no es si se ha creído o no al testigo, o si era más verosímil una u otra declaración, o si del informe pericial debe deducirse solución distinta a la acogida por el tribunal. Nada de ello cabe en el marco del recurso de casación; en éste “las cuestiones de hecho” sólo pueden ser impugnadas objetando: a) que el tribunal de instancia en su razonamiento ha infringido las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia o ha ignorado los conocimientos científicos; y b) exponiendo de qué manera el razonamiento infringe o se aparta de lo antedicho. Cualquier otra cuestión al respecto es una cuestión de hecho y ajena al recurso de casación.

La base que impone este rígido marco es, en definitiva, la proscripción de la arbitrariedad, pues el tribunal de casación carece de intermediación y oralidad con relación a la producción de las pruebas, por lo que todo lo relacionado con su valoración, salvo en la forma indicada, queda fuera de los márgenes del recurso de casación.

Así, pues, y como resumen podemos esquematizar las siguientes posibilidades:

Motivos absolutos

Los que se refieren a cuestiones procesales con base constitucional. Examen de infracciones de ley.

Motivos relativos

- Legalidad: la legalidad de la prueba, es decir, los problemas de la obtención ilícita de la prueba.
- Suficiencia: la suficiencia de la prueba, para desde ella llegar al hecho probado que se ha consignado en la sentencia.
- Racionalidad: los que se refieren a la formación del hecho probado, siempre que no precisen de la intermediación, es decir, no cabe realizar una nueva valoración de la prueba (en lo que impida la falta de intermediación), pero sí un examen de la racionalidad de la valoración de la prueba o, lo que es lo mismo, un examen de la estructura racional de la valoración de la prueba; en este extremo cabe examinar si el tribunal de instancia ha infringido las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia o ignorado los conocimientos científicos.
- Los que se centran en la errónea subsunción del hecho en el precepto legal aplicado.
- Los que consideran que la interpretación de la norma penal es equivocada.
- La proporcionalidad de la pena. Aquí se discute si la casación se debe detener en la comprobación de si la pena se encuentra dentro del marco legal o si cabe ir más allá y examinar la concreta proporcionalidad de la pena impuesta dentro de dichos límites.
- La proporcionalidad en la determinación de las bases para establecer la responsabilidad civil, así como la coherencia entre dichas bases y la responsabilidad civil declarada.

En definitiva, se trata de un modelo de casación en el que cabe examinar en relación con el hecho declarado probado todo lo que no depende de la intermediación, y en cuanto a la aplicación de la norma, todo lo relativo a su interpretación.

4.6 Sistema seguido en el Proyecto

El Proyecto, como veremos, adopta un sistema mixto de unificación de doctrina combinado con infracción de ley, al que se le añade un recurso de casación en interés de la ley.

En efecto, aunque pudiera parecer un recurso de unificación de doctrina fundado en la existencia de contradicción, lo cierto es que junto a ello se observa un recurso fundado en infracción de ley y, por último, como cierre del sistema, un recurso en interés de la ley.

Este tema lo desarrollaremos a continuación.

4.7 Sistema de unificación de doctrina

Como premisa, ha de partirse de la consideración de la “doctrina” como “interpretación de la ley” o de la “norma”. La cuestión central en este tipo de recursos estriba en la unificación de doctrina, esto es, la sentencia de contraste tiene que poner de manifiesto que la sentencia recurrida se ha apartado de la interpretación de la norma que en las otras sentencias se mantiene. Cuestión distinta es que, dentro de la misma interpretación, el margen de apreciación de las circunstancias diversas que concurran conduzca a soluciones diferentes. En tales casos no cabe la estimación del recurso, pues no hay doctrina que unificar, cuestión que constituye el objeto del presente recurso. En otras palabras, se trata de examinar la interpretación de la norma para su unificación, pero no de entrar en el análisis de las circunstancias que han sido tenidas en cuenta a la hora de la determinación de los hechos o de cómo se llega a su formación. De lo que se trata es de procurar una unificación en la interpretación de la norma.

Son requisitos de este recurso:

- la identidad del supuesto de hecho (altamente discutible; a nuestro juicio este requisito es prescindible);
- la identidad de la norma jurídica aplicada;
- la contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma;
- la relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

En lo que respecta al primer requisito, más adelante nos referiremos a la cuestión de la identidad del hecho; sin embargo, ahora adelantaremos que su exigencia es perturbadora y que debe prescindirse del mismo.

El tercer requisito supone y engloba al segundo. El tercer requisito se centra en la existencia de contradicción o, lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido el propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada. Este requisito justifica que no puedan acceder ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie que el Derecho se aplicó de forma diferente ante otro supuesto; si consideráramos exigible el requisito de la identidad del hecho, entonces habría que añadir que el otro supuesto debería ser sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada.

La infracción constitucional únicamente tendrá relevancia en este recurso como manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica.

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, para tutelar la aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar, en pro de sus pretensiones, una previa doble instancia judicial en la que depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en casación únicamente se controlará por el Tribunal Supremo que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo, de este modo, las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, como dijimos, no podrán cuestionarse ante el Tribunal Supremo los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el Derecho, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan suscitar las partes. El objeto de este recurso será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional, de modo que su objeto es la unificación de doctrina.

Así, pues, el objeto del presente recurso es el mantenimiento de la unidad interpretativa de las normas penales. Las cuestiones de hecho son ajenas al objeto del mismo. En definitiva, así entendido, el objeto de este recurso es la unificación de la interpretación normativa.

4.8 Sistema del Proyecto de reforma

En realidad, aunque en los motivos del recurso se hable de contradicción (nuevo art. 848 LECrim.), de que en el escrito de preparación (nuevo art. 856 LECrim.) deban citarse las

sentencias contradictorias, y de que en el escrito de interposición (nuevo art. 874 LECrim.) deban acompañarse copias certificadas de las sentencias alegadas en las que se contenga la doctrina contradictoria, sin embargo, el recurso previsto no se configura como un recurso estricto de unificación de doctrina, sino como un recurso por infracción de ley y por contradicción de doctrina. En otras palabras, se sigue un sistema mixto al que, además, se le añade el recurso en interés de la ley.

La Exposición de Motivos que contiene el Proyecto se refiere al nuevo recurso de casación como “un recurso extraordinario con finalidad unificadora” y, más adelante, como “nuevo recurso centrado principalmente en la unificación de doctrina”.

Pero ya dijimos que sólo puede hablarse de “recurso extraordinario” cuando se da contra sentencias firmes, es decir, cuando la resolución del recurso puede atacar la cosa juzgada. Por consiguiente, adjetivar el recurso como extraordinario es incorrecto.

Es cierto que el recurrente, al fundamentar su recurso de casación, ha de basarse en la existencia de “contradicción”, pero con ello todavía no se ha resuelto la cuestión del objeto de este nuevo recurso.

El recurso deberá fundamentarse:

- En la existencia de contradicción:
 - contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o con la doctrina del Tribunal Constitucional;
 - contradicción con otra sentencia dictada en segunda instancia por algún órgano judicial.
- La contradicción deberá suponer:
 - que en la sentencia recurrida se hayan infringido normas constitucionales o legales;
 - que dicha infracción sea relevante para el fallo, es decir, debe poder afirmarse una relación de causa-efecto entre la infracción y la solución del caso.
- La contradicción sólo se examinará (el texto del Proyecto dice erróneamente “sólo se producirá”) cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales.

Evidentemente el Proyecto de Ley centra la discusión en las normas y su interpretación, quedando fuera de la materia casacional cualquier referencia al hecho y a su formación en lo que dependa de la inmediación. Pero no hay motivo alguno para que todo lo demás no pueda ser examinado por el Tribunal Supremo.

En el recurso por infracción de ley el referente de contradicción es la norma (la ley). En efecto, cuando el recurrente basa su recurso en infracción de ley, lo que está diciendo es que la interpretación legal de la sentencia de instancia es contraria a lo dispuesto por la ley. Pero como la ley en sí misma es indiferente, lo que en realidad está afirmando es que existe una contradicción con la interpretación de la ley. En definitiva, este tipo de recurso se basa en una contradicción con la interpretación de la ley que ha sido plasmada por la jurisprudencia. Por tanto, aunque en principio el término de comparación es la ley, lo es verdaderamente la interpretación de la ley, y ésta, en realidad, no es otra que, de manera más exacta, la interpretación jurisprudencial de la ley.

Así, pues, desde este punto de vista, un recurso por infracción de ley es un recurso por contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la ley dice que en los delitos dolosos ha de concurrir dolo, pero no concreta qué ha de entenderse por tal; el dolo es un concepto que sólo se determina con la interpretación jurisprudencial. Luego la afirmación de que no concurrió dolo puede implicar afirmar que la sentencia de instancia ha manejado un concepto de dolo contrario al que considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo (evidentemente dejamos a un lado para este ejemplo las posibles pretensiones de que no existió dolo, basadas en un cambio de los hechos probados).

La diferencia entre un recurso por infracción de ley y otro por contradicción se encuentra en que, en el primero, pueden elaborarse fundamentaciones sin concretar el término de comparación o concretándolo en uno ideal (lo que, a nuestro juicio, sería la interpretación correcta de la ley), mientras que en el recurso por contradicción necesariamente ha de alegarse (y aportarse) el término de comparación. Obliga, pues, a una elaboración más precisa, exigiendo un estudio más minucioso de la jurisprudencia.

Por otra parte, cuando se habla de contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o con la doctrina del Tribunal Constitucional, no se está restringiendo dicha contradicción a interpretaciones de normas sustantivas, sino que han de tomarse en consideración todo tipo de normas legales: constitucionales, sustantivas o procesales.

Casi todos los extremos que exige la fundamentación de la contradicción están abarcados por lo que ya hemos expuesto, pues qué duda cabe de que si la sentencia de instancia es contradictoria con la interpretación normativa del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, eso implica que dicha sentencia ha infringido en su interpretación alguna norma constitucional o legal. La relevancia para el fallo es una consecuencia de la necesidad de que el recurso tenga utilidad para el recurrente, de manera que si careciera de dicha utilidad el recurso no podría prosperar, dado que el fallo de la sentencia de instancia permanecería inalterado.

Más complicada es la exigencia de que la contradicción “sólo se producirá” cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales. Antes indicamos que la frase debe seguramente interpretarse en el sentido de que “sólo se examinará”, pues la contradicción puede ocurrir

con independencia de la igualdad o desigualdad en los supuestos de hecho. Ya dijimos que, a nuestro entender, la contradicción se produce con independencia de que los supuestos sean o no iguales. En efecto, es incorrecta esta exigencia, pues la igualdad de los supuestos es indiferente, dado que lo único que interesa es que la interpretación de la norma sea correcta, esto es, que no entre en contradicción con la declarada por la jurisprudencia.

La igualdad de los supuestos es un requisito que carece de interés, pues lo único que debe ser examinado es cuál ha sido la interpretación de la norma. A supuestos iguales, la interpretación de la norma debe ser idéntica; pero a supuestos desiguales, la interpretación de la norma (cuando resulta aplicable la misma) también ha de ser idéntica. Cuestión distinta es el margen de apreciación de las circunstancias que la norma pueda contener, pero una apreciación diferente, porque las circunstancias concurrentes no son iguales, no significa que la norma se haya interpretado de forma incorrecta o, cuando menos, distinta. Se toman en cuenta las circunstancias, que pueden ser diversas, pero eso no quiere decir que la interpretación de la norma no sea la idéntica. Por ejemplo, dos personas que cometan el mismo delito pueden, dentro del margen legal, tener penas diferentes, pero, en ambos casos, la norma ha sido interpretada de la misma forma; luego no existe contradicción normativa.

Al contrario, supuestos sustancialmente desiguales pueden requerir la aplicación de la misma norma y que ésta sea interpretada de igual manera. Por ejemplo, no es lo mismo una discoteca que sobrepasa ampliamente el límite del ruido que una empresa que realiza vertidos contaminantes de plomo en un parque natural. Sin embargo, a pesar de la disparidad de los supuestos, la interpretación de la norma que procede aplicar debe ser la misma.

Por ello, seguramente la cuestión deberá ser resuelta mediante la interpretación de la exigencia o el requisito de que se trate de “supuestos sustancialmente iguales”. El “supuesto” necesariamente no tiene que ser el supuesto de hecho, pues el “supuesto” puede ser el problema sometido a impugnación. Por ejemplo, los supuestos de hecho de un robo y un homicidio pueden ser desiguales, pero, sin embargo, en ambos puede discutirse el concepto de dolo que es sustancialmente igual en ambos. Otro ejemplo: los supuestos de hecho en un delito de tráfico de drogas y un delito de homicidio son diferentes; sin embargo, la discusión planteada por el recurso puede ir referida a la validez de una escucha telefónica, cuestión que conforma un supuesto que en ambos casos es sustancialmente igual.

En definitiva, interpretada así la frase del Proyecto, la exigencia de la identidad de hecho desaparece, pues la identidad de supuesto es la identidad del problema sujeto a discusión.

Ahora bien, más enrevesada se puede presentar la cuestión en aquellos casos en la que no exista doctrina jurisprudencial alguna. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando se trate de un problema nuevo, un precepto reciente que requiera interpretación. Al exigir el Proyecto la contradicción con un precedente, es preciso acudir a una abstracción suficiente para buscar un problema que sea genérico y que ya exista jurisprudencia previa al respecto, o bien

acudir (el Ministerio Fiscal) al recurso en interés de la ley, que está configurado de manera directa como un recurso por infracción de ley.

En efecto, como cierre del sistema y en combinación con el sistema de la unificación de doctrina, se introduce un recurso de casación en interés de la ley. A éste nos referiremos en el apartado siguiente.

4.9 El recurso de casación en interés de la ley

En un sistema basado exclusivamente en recursos fundados en contradicción de doctrina, puede surgir la siguiente disfunción: que siendo la doctrina incorrecta, sin embargo, no pueda recurrirse por falta de contradicción. Esto ocurrirá cuando las Audiencias sigan similares interpretaciones incorrectas. Como mecanismo de cierre, y para evitar esa consecuencia, se debe incorporar un recurso de casación en interés de la ley, que ya no se configure como un recurso por contradicción, sino directamente como un recurso por infracción de ley.

Con este medio lo que se pretende es que, en aquellos casos en los que a pesar de existir infracción de ley no cabe el recurso de casación, bien por no existir contradicción entre sentencias o bien porque la pena legalmente establecida en la ley para el delito por el que se condena no alcance el límite de los tres años de prisión, sin embargo, sea posible interponer el recurso de casación. Para ello se introduce el denominado “recurso de casación en interés de la ley”, que, por consiguiente, funciona como un recurso que “cierra el sistema”. Así, pues, la unificación de doctrina se completa con el interés de ley, de forma que cualquier causa por delito pueda ser objeto de recurso (y, por tanto, de pronunciamiento) por parte del Tribunal Supremo. Sin embargo, tal como se ha configurado su ámbito, el cierre no es todavía completo, pues quedan excluidas las faltas.

Sólo se encuentra legitimado para interponer este recurso el Fiscal General del Estado; deberá presentarlo en el plazo de tres meses directamente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo; y cabrá contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales penales en causas seguidas por delito.

En cuanto a sus efectos, se prevé que la sentencia dictada como consecuencia de este recurso no afecte a la situación creada por la sentencia recurrida, salvo en aquello que favorezca al condenado, pues la sentencia del Tribunal Supremo podrá acordar la absolución, la atenuación de la pena o la repetición del proceso. Evidentemente esta última decisión tendrá que ser tomada excepcionalmente y en supuestos muy extremos, pues implica someter a una persona dos veces a juicio; en otras palabras, no podrá nunca suponer un medio para permitir que la acusación tenga una segunda oportunidad para buscar o reafirmar la prueba o su posición acusatoria, pues tal opción vulneraría el principio *non bis in idem*.

El Proyecto no recoge esta modalidad de recurso, pero, sin embargo, el Pleno de la Sala Segunda lo propuso, y tanto el PSOE como el PP han presentado enmiendas dirigidas a su incorporación al texto de la ley. Los textos de las enmiendas de estos grupos parlamentarios son distintos, si bien el sentido de ellas es muy similar, por lo que puede esperarse que el texto de la ley contenga este medio de impugnación. Dado el interés que presenta, recogemos a continuación los textos de las enmiendas.

Nuevo capítulo II: “Del recurso de casación en interés de la ley”.

A) Artículo 907 LECrim. (nuevo)

• Enmienda del PSOE

“El Fiscal General del Estado podrá interponer recurso de casación en interés de la ley contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales penales, en causas seguidas por delito.”

“El recurso únicamente podrá fundarse en la infracción de ley o de precepto constitucional.”

“El recurso se interpondrá en el plazo de tres meses directamente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, acompañando copia certificada de la sentencia recurrida. La resolución del recurso corresponderá al Pleno de la Sala.”

• Enmienda del PP

“El Fiscal General del Estado podrá interponer un recurso de casación en interés de la ley contra las sentencias definitivas de los tribunales penales dictadas en infracción de ley o de precepto constitucional, inclusive cuando no corresponda recurso en los términos del artículo 847 o el acusado o las partes acusadoras de la causa no hayan recurrido.”

B) Artículo 908 LECrim. (nuevo)

• Enmienda del PSOE

“La sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley no afectará a la situación creada por la sentencia recurrida. No obstante, atendidas las circunstancias del caso y siempre que la sentencia fuera favorable al condenado, la Sala Segunda podrá acordar la absolución, la atenuación de la pena o la repetición del proceso.”

• Enmienda del PP

“A los fiscales jefes incumbe elevar a la Fiscalía General del Estado las sentencias que consideren dictadas en infracción de ley o de precepto constitucional. El Fiscal General

del Estado decidirá sobre la interposición del recurso. El recurso se interpondrá directamente ante el Tribunal Supremo con copia de la sentencia objeto del mismo.”

C) Artículo 909 LECrim. (nuevo)

• Enmienda del PP

“La Sala de lo Penal, integrada por siete magistrados, decidirá sobre el recurso. El Fiscal General del Estado podrá solicitar ser oído en vista pública. La sentencia casando la recurrida no tendrá efectos respecto de la causa en la que ésta fue dictada. Sin embargo, cuando la sentencia del Tribunal Supremo contuviera pronunciamiento favorable al condenado, podrá acordarse su absolución, la atenuación de la pena o la repetición del proceso.”

4.10 Sistema no adoptado: las cuestiones previas

La nueva regulación del Proyecto opta por el sistema mixto de la contradicción de doctrina e infracción de ley, al que además se le añade, como cierre, el recurso en interés de la ley. Sin embargo, junto a ello también se estudió la posible introducción del sistema de cuestiones previas. Este sistema opera cuando un tribunal considere necesario separarse de la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o tuviere dudas sobre el alcance de la interpretación de una norma o de cómo la ha realizado la jurisprudencia; en estos supuestos, antes de dictar la sentencia, deberá plantear una cuestión previa al Tribunal Supremo, el cual decidirá lo procedente. Lo resuelto por el Tribunal Supremo será luego utilizado como guía por el tribunal que hubiera planteado la cuestión.

La utilización de cuestiones previas no es algo absolutamente nuevo, pues en otros países es uno de los medios por los que se pronuncia el Tribunal Supremo. Además, es también una de las formas de funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y, en España, existe en relación con el Tribunal Constitucional, pues así se configura la cuestión de constitucionalidad planteada por los jueces y tribunales al mismo. Sin embargo, no se ha considerado conveniente introducir este sistema como medio de impetrar un pronunciamiento del Tribunal Supremo. El Proyecto de ley no lo incorpora.

4.11 La segunda instancia en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

La segunda instancia en el Proyecto de Ley de reforma se encuentra instituida como una sección funcional, es decir, formada con magistrados que varían y rotan conforme a un turno preestablecido. A nuestro juicio, es más conveniente establecer una sección fija con

una composición también fija y preestablecida, pues de esa manera se consigue uniformidad en las resoluciones y con ello seguridad jurídica.

Como se trata de una sección cuya competencia sería el conocimiento de la segunda instancia penal en los supuestos de causas contra aforados que hubieran sido vistas en primera instancia por el Tribunal Supremo (es decir, el Tribunal Supremo no conoce de estas causas por vía de recurso, sino directamente y sin que previamente ningún otro tribunal haya juzgado el asunto, y esto ocurre únicamente cuando se trata de juzgar a personas aforadas), es fácil concluir que, lógicamente, tales competencias proporcionarían escaso trabajo a dicha sección y, por ello, se le podrían añadir otras competencias.

Así, pues, esta nueva sección se ocuparía de (tendría las siguientes competencias):

- a) la segunda instancia penal en causas de aforados cuyo conocimiento en primera instancia corresponda a la Sala Segunda (de lo penal) del Tribunal Supremo;
- b) el recurso de revisión penal contra sentencias firmes;
- c) el informe sobre todas las solicitudes de indulto, sin perjuicio de que esta sección a su vez solicite un informe al tribunal sentenciador correspondiente. El Ministerio de Justicia debe dirigirse al Tribunal Supremo y no a cada tribunal en concreto; sólo así cabe que el Poder Judicial lleve un control sobre el conjunto de los informes de indulto que se elaboran y exista una uniformidad al respecto. Únicamente de esa forma puede existir una política judicial sobre esta materia que afecta tan directamente a los límites del Poder Judicial;
- d) el recurso de amparo judicial contra decisiones del Tribunal Supremo. Esto supone aligerar al Tribunal Constitucional de estas competencias. El Tribunal Constitucional continuaría teniendo competencias en relación con recursos de amparo contra decisiones que no emanen del Tribunal Supremo; de esa manera se resolverían y mejorarían las relaciones entre estos dos tribunales;
- e) algunas de las competencias que ahora se encuentran residenciadas en la llamada Sala del 61 (denominada así vulgarmente por estar regulada en el art. 61 de la LOPJ).

5. Organización de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Aunque de forma sucinta, conviene señalar las líneas generales de la organización de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La competencia de la Sala 2ª se diversifica en función de que actúe conociendo de los recursos o juzgando en primera (y única) instancia⁵⁰; por consiguiente, es preciso distinguir la Sala 2ª como Sala de recurso y como Sala de instancia.

- Como Sala de recurso

Es la actividad principal y básica del Tribunal Supremo. Mediante ella cumple la función de unificación de la doctrina aplicada por todos y cualquiera de los tribunales de España.

Para cumplir esta función la Sala 2ª se organiza en una Sala de admisión y una Sala de decisión.

La Sala de admisión se compone del presidente de la Sala y dos magistrados designados conforme a un turno preestablecido que cambia cada seis meses (y se publica una vez al año en el BOE). Los acuerdos han de ser tomados por unanimidad⁵¹; no caben votos particulares, de manera que la disidencia de algún integrante provoca la admisión del recurso.

Para el desarrollo de esta labor, la Sala de admisión cuenta con el apoyo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, cuya labor consiste, en este ámbito, en preparar y organizar la admisión/inadmisión de los recursos interpuestos.

La Sala de decisión es la encargada del conocimiento del recurso una vez que ha sido admitido.

Para la decisión, la Sala 2ª se organiza en Salas funcionales compuestas de tres, cinco o la totalidad, es decir, el Pleno, de los magistrados de la Sala. La composición depende del asunto de que se trate, pues en función del mismo la LECrim. indica el número de magistrados que han de formar la Sala (art. 898 LECrim. y art. 197 LOPJ). La celebración de vista para la defensa y oposición al recurso depende de diversas circunstancias, como la pena o el delito de que se trate [*cf.*, art. 893 bis a) LECrim.].

50 Ya dijimos que el Proyecto de Ley establece una segunda instancia dentro del Tribunal Supremo para aquellos casos que son vistos en primera instancia (aforados) ante el Tribunal Supremo.

51 El Proyecto de Ley modifica este punto e introduce la regla de la mayoría.

Para llevar a cabo su función, parece más adecuado que la próxima reforma impusiera un mínimo de cinco, incluso mejor todavía, de siete magistrados, a fin de formar Sala, pues de esa manera se ganaría en seguridad jurídica, al conseguirse, o al ponerse al menos los medios para que pueda obtenerse uniformidad en las resoluciones de la Sala.

- Como Sala de instancia

La Sala 2ª del Tribunal Supremo funciona como Sala de instancia cuando entran en juego sus competencias como órgano juzgador de personas aforadas (así, en relación con las causas contra diputados y senadores –art. 71.3 CE–; también las causas contra el Presidente y los demás miembros del Gobierno –art. 102.1 CE–; y los supuestos recogidos en el art. 57.1.2º y 3º LOPJ).

En estos casos es preciso distinguir entre una Sala de admisión, una Sala de decisión y una Sala de apelación (ésta aún no existe, pero está contemplada en el Proyecto de Ley).

La Sala de admisión de causas especiales es distinta de la Sala de admisión de los recursos; también se forma por el presidente de la Sala de lo Penal y dos magistrados nombrados conforme a un turno preestablecido.

Tras la admisión de la causa se nombra un magistrado instructor, que no formará parte de la Sala de decisión (art. 57.2 LOPJ).

La Sala de decisión será la que conozca en relación con el enjuiciamiento.

La Sala de apelación es una novedad del Proyecto de reforma y una consecuencia del entendimiento de que ha de existir segundo examen del caso en cualquier supuesto y, por lo tanto, también cuando el Tribunal Supremo ha dictado sentencia en primera instancia.

- El Pleno

La Sala 2ª funciona en Pleno de dos maneras: como Sala de justicia y como Sala no jurisdiccional.

Como Sala de justicia, es decir, como Sala de enjuiciamiento, bien para juzgar en instancia o bien para conocer de algún recurso, se forma en aquellos casos en que, a juicio del presidente, y dada la índole del asunto, es procedente.

Como Sala no jurisdiccional, el Pleno de la Sala 2ª se reúne para debatir cuestiones jurídicas y tomar acuerdos que posteriormente se transformarán en decisiones jurisdiccionales. En definitiva, se trata de adoptar acuerdos que unifican criterios sobre aspectos jurídicos y señalan la línea que se va a seguir con relación con los mismos.

6. Conclusiones

Recapitulando todo lo dicho, podemos establecer las conclusiones que siguen.

A) Conclusiones relativas a la organización general del sistema de recursos, que se derivan de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- La existencia de un recurso ante una instancia judicial superior a la que conoció el asunto en primera instancia, es, hoy en día, imprescindible.
- En el caso de que un Estado parte en el CEDH establezca la doble instancia, entonces el procedimiento en su conjunto debe cumplir con las garantías del artículo 6 CEDH.
- La primera instancia ha de realizarse mediante vista pública.
- La segunda instancia ha de realizarse mediante vista pública, si bien, caben excepciones o matizaciones:
 - es admisible un trámite previo que filtre la posibilidad del recurso de apelación, en cuyo caso, tal trámite no requiere vista pública y puede realizarse mediante conclusiones escritas;
 - cuando el recurso se restringe a la fundamentación jurídica y no al examen de los hechos, la cuestión puede ser resuelta por escrito sin vista pública;
 - el examen de los hechos requiere intermediación entre el juzgador y las pruebas y, por ello, cuando el recurso abarca el conocimiento de los mismos, debe establecerse, en todo caso, y mediante vista pública, una nueva y total audiencia;
 - el recurso de casación circunscrito a las cuestiones de Derecho no precisa de vista pública, ni de que el acusado comparezca personalmente y sea oído por el tribunal. No obstante, la vista pública supone una mayor garantía, en orden a la defensa de los derechos fundamentales.

B) Conclusiones acerca de las propuestas de regulación del recurso de casación:

- El recurso de casación debe contemplarse desde una perspectiva esencial: es un recurso que se atribuye al tribunal que es “superior” y “supremo” en nuestro ordenamiento. Esto supone, a su vez:
 - que ha de ser un recurso de Derecho, de manera que abarque todo aquello que no sea consecuencia del ejercicio de la inmediación por parte de los órganos inferiores;
 - que su ámbito ha de ser total, de manera que cualquier cuestión de carácter penal, que haya terminado por sentencia y respecto de la que ya no quepa recurso, debe ser susceptible de ser examinada por el Tribunal Supremo.
- La conclusión anterior debe modularse atendiendo a la circunstancia evidente de que el Tribunal Supremo no puede dar respuesta a todos los asuntos que se le planteen. Por tanto:
 - hay que dotar al recurso de casación de un sistema muy flexible de admisión, y que esté basado en el interés y la importancia del asunto como criterio rector;
 - hay que desechar la formulación de causas concretas de inadmisión, y reconocer la posibilidad de que el Tribunal Supremo admita los asuntos sobre los que va a decidir, conforme a los criterios de discrecionalidad y oportunidad. Ello permitirá al Tribunal Supremo decidir sobre qué asuntos va a pronunciarse, sin que tenga que motivar la razón por la que no se pronuncia sobre los restantes, para lo cual atenderá a la aplicación del Derecho y la importancia que revista para la vida social, y a esas razones se unirá la de oportunidad: deberá decidir cuál es la dirección que, en razón de las necesidades que vaya considerando, considera oportuna aplicar a sus decisiones;
 - si el Tribunal Supremo no ha de justificar por qué no decide conocer de un asunto, la consecuencia procesal es que la inadmisión se podrá acordar por providencia, sin necesidad de motivación.
- Como consecuencia de las conclusiones anteriores se debe reconocer al Tribunal Supremo la capacidad de elaborar y dirigir una “política judicial de carácter jurisdiccional”, esto es, la facultad de determinar y desarrollar sus líneas de actuación en la casación, primando la resolución de una serie o tipo de asuntos sobre otros.

- El sistema organizativo que se propone debe acompañarse del reconocimiento legislativo del carácter vinculante de la jurisprudencia para los órganos inferiores.
- C) Conclusiones acerca de la reforma del recurso de casación actualmente en trámite parlamentario:
- La reforma diseña un recurso de Derecho, sin que sea factible discutir cuestiones de hecho. Y pese a que, en principio, se encuentra limitado a una serie de motivos, es posible interponer el recurso por cualquier razón referida a la aplicación del Derecho.
 - Se le desprende del formalismo en la redacción del recurso, al desaparecer los motivos por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.
 - La reforma articula los motivos de casación sobre la base de la existencia de una contradicción de la sentencia recurrida, pero, en realidad, no es un recurso estricto de unificación de doctrina, sino que diseña un sistema mixto de infracción de ley y por contradicción de doctrina. Y ello porque exige que la contradicción alegada deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida. Y, además, la contradicción sólo se producirá cuando se trate de supuestos sustancialmente iguales.

Con relación a estos elementos, podemos concluir:

- el sistema es reconducible en gran medida a un recurso por infracción de ley, ya que si la sentencia de instancia es contradictoria con la interpretación normativa del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, eso implica que dicha sentencia ha infringido en su interpretación alguna norma constitucional o legal;
- la exigencia de que la contradicción ha de estar ligada a la existencia de “supuestos sustancialmente iguales” no debe ser interpretada en el sentido de que los “supuestos de hecho” sean idénticos. Y ello porque a supuestos fácticos iguales le corresponde la misma interpretación de la norma, pero también le corresponde esa misma interpretación a supuestos fácticos desiguales;

Por tanto, ha de entenderse que la identidad se refiere a los “problemas sujetos a discusión”, es decir, a los supuestos fácticos desiguales que presentan una cuestión jurídica idéntica (que es el objeto de debate) les corresponde la misma interpretación de la norma.

- Aunque el sistema de unificación de doctrina previsto permita conformarlo o reconducirlo a un recurso de infracción de ley, es conveniente introducir algún supuesto que de forma directa (esto es, sin necesidad de recurrir a la vía interpretativa) permita interponer el recurso de casación por infracción de ley.
- La reforma diseña un recurso de casación de base amplia, de manera que extiende los supuestos de sentencias recurribles. Sin embargo, se le dota de un mecanismo de admisión/inadmisión de corte tradicional, esto es, se circunscribe la inadmisión a la existencia de alguna de las causas recogidas legalmente.
- Debe introducirse el recurso en interés de la ley en la forma indicada, pues dicho recurso cierra el sistema y mejora sustancialmente el sistema de recursos. Con ello se evita una disfunción del sistema basado en la contradicción: que siendo incorrecta la doctrina establecida por los tribunales inferiores, sin embargo no puede recurrirse por falta de contradicción. Para evitar esa consecuencia debe incorporarse un recurso de casación en interés de la ley, que ya no se configura como un recurso por contradicción, sino directamente por infracción de ley.

Bibliografía

- Bacigalupo, E. (2005), La noción de un proceso penal con todas las garantías, Derechos procesales fundamentales, CGPJ, Madrid.
- Bacigalupo, E. (2006), Tribunal de casación y recurso de casación, Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI, LH-González-Cuéllar, Madrid.
- Beulke, W. (2004), Strafprozeßrecht, Heidelberg.
- Boré, J. (1985), La cassation en matière pénale, París.
- Halpérin, J.-L. (2003), Cours Suprêmes, Dictionnaire de la culture juridique, París.
- Hellmann, U. (1998), Strafprozeßrecht, Berlín.
- Kaufmann, A. (1984), Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt, 2ª ed.
- Kelsen, H. (1934), Teoría general del Estado, trad. Legaz Lacambra, Barcelona/Madrid/Buenos Aires.
- López Barja de Quiroga, J. (2004), Tratado de Derecho procesal penal, Cizur Menor, Aranzadi.
- Montesquieu (1970), De l'esprit des lois, París.
- Morrow, G. R. (1993), Plato's Cretan City. A Historical Interpretation of the Laws, Princeton, New Jersey.
- Roxin, C. (1995), Strafverfahrensrecht, München.
- Schünemann, B. (2005), La reforma del proceso penal, trad. Sacher, Madrid.

Documentos de trabajo publicados

- 1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.
- 2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.
- 3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Féliz, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.
- 4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.
- 5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Féliz.
- 6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.
- 7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.
- 8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.
- 9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.
- 10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 11/2003. **El fracaso escolar en España.** Álvaro Marchesi Ullastres.
- 12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.
- 13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.
- 13*/2003. **El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública.** Fabrizio Bernardi.
- 14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.
- 15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.
- 16/2003. **El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma.** Olga Fuentes Soriano.
- 17/2003. **Propuestas para una regulación del trabajo autónomo.** Jesús Cruz Villalón.
- 18/2003. **El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas.** Luis López Guerra.
- 19/2003. **Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo.** Juan López Gandía.
- 20/2003. **La Transparencia Presupuestaria. Problemas y Soluciones.** Maurici Lucena Betriu.
- 21/2003. **Análisis y evaluación del gasto social en España.** Jorge Calero Martínez y Mercè Costa Cuberta.
- 22/2003. **La pérdida de talentos científicos en España.** Vicente E. Larraga Rodríguez de Vera.
- 23/2003. **La industria española y el Protocolo de Kioto.** Antonio J. Fernández Segura.
- 24/2003. **La modernización de los Presupuestos Generales del Estado.** Enrique Martínez Robles, Federico Montero Hita y Juan José Puerta Pascual.
- 25/2003. **Movilidad y transporte. Opciones políticas para la ciudad.** Carme Miralles-Guasch y Àngel Cebollada i Frontera.
- 26/2003. **La salud laboral en España: propuestas para avanzar.** Fernando G. Benavides.
- 27/2003. **El papel del científico en la sociedad moderna.** Pere Puigdomènech Rosell.
- 28/2003. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial.** Pablo Pérez Tremps.
- 29/2003. **La Audiencia Nacional: una visión crítica.** José María Asencio Mellado.
- 30/2003. **El control político de las misiones militares en el exterior.** Javier García Fernández.
- 31/2003. **La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica.** Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Octavio Granado Martínez.

- 32/2003. **De una escuela de mínimos a una de óptimos: la exigencia de esfuerzo igual en la Enseñanza Básica.** Julio Carabaña Morales.
- 33/2003. **La difícil integración de los jóvenes en la edad adulta.** Pau Baizán Muñoz.
- 34/2003. **Políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España: una valoración con EspaSim.** Magda Mercader Prats.
- 35/2003. **El sector del automóvil en la España de 2010.** José Antonio Bueno Oliveros.
- 36/2003. **Publicidad e infancia.** Purificación Llaquet, M^a Adela Moyano, María Guerrero, Cecilia de la Cueva, Ignacio de Diego.
- 37/2003. **Mujer y trabajo.** Carmen Sáez Lara.
- 38/2003. **La inmigración extracomunitaria en la agricultura española.** Emma Martín Díaz.
- 39/2003. **Telecomunicaciones I: Situación del Sector y Propuestas para un modelo estable.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 40/2003. **Telecomunicaciones II: Análisis económico del sector.** José Roberto Ramírez Garrido y Álvaro Escribano Sáez.
- 41/2003. **Telecomunicaciones III: Regulación e Impulso desde las Administraciones Públicas.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 42/2004. **La Renta Básica. Para una reforma del sistema fiscal y de protección social.** Luis Sanzo González y Rafael Pinilla Pallejà.
- 43/2004. **Nuevas formas de gestión. Las fundaciones sanitarias en Galicia.** Marciano Sánchez Bayle y Manuel Martín García.
- 44/2004. **Protección social de la dependencia en España.** Gregorio Rodríguez Cabrero.
- 45/2004. **Inmigración y políticas de integración social.** Miguel Pajares Alonso.
- 46/2004. **TV educativo-cultural en España. Bases para un cambio de modelo.** José Manuel Pérez Tornero.
- 47/2004. **Presente y futuro del sistema público de pensiones: Análisis y propuestas.** José Antonio Griñán Martínez.
- 48/2004. **Contratación temporal y costes de despido en España: lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado.** Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 49/2004. **Propuestas de investigación y desarrollo tecnológico en energías renovables.** Emilio Menéndez Pérez.
- 50/2004. **Propuestas de racionalización y financiación del gasto público en medicamentos.** Jaume Puig-Junoy y Josep Llop Talaverón.
- 51/2004. **Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad.** Jordi Borja.
- 52/2004. **Una propuesta para un comité de Bioética de España.** Marco-Antonio Broggi Trias.
- 53/2004. **Eficacia del gasto en algunas políticas activas en el mercado laboral español.** César Alonso-Borrego, Alfonso Arellano, Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 54/2004. **Sistema de defensa de la competencia.** Luis Berenguer Fuster.
- 55/2004. **Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 56/2004. **Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas.** José M^a Jiménez Laiglesia.
- 57/2004. **Análisis y alternativas para el sector farmacéutico español a partir de la experiencia de los EE UU.** Rosa Rodríguez-Monguió y Enrique C. Seoane Vázquez.
- 58/2004. **El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma.** Germán Fernández Farreres.
- 59/2004. **Políticas de apoyo a la innovación empresarial.** Xavier Torres.
- 60/2004. **La televisión local entre el limbo regulatorio y la esperanza digital.** Emili Prado.
- 61/2004. **La universidad española: soltando amarras.** Andreu Mas-Colell.
- 62/2005. **Los mecanismos de cohesión territorial en España: un análisis y algunas propuestas.** Ángel de la Fuente.
- 63/2005. **El libro y la industria editorial.** Gloria Gómez-Escalonilla.
- 64/2005. **El gobierno de los grupos de sociedades.** José Miguel Embid Irujo, Vicente Salas Fumás.
- 65(I)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. I.** José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.

- 65(II)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. II (Anexos)**. José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.
- 66/2005. **Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas de reforma legal**. Ángel Manuel Moreno Molina.
- 67/2005. **La regeneración de barrios desfavorecidos**. María Bruquetas Callejo, Fco. Javier Moreno Fuentes, Andrés Walliser Martínez.
- 68/2005. **El aborto en la legislación española: una reforma necesaria**. Patricia Laurenzo Copello.
- 69/2005. **El problema de los incendios forestales en España**. Fernando Estirado Gómez, Pedro Molina Vicente.
- 70/2005. **Estatuto de laicidad y Acuerdos con la Santa Sede: dos cuestiones a debate**. José M.^a Contreras Mazarío, Óscar Celador Angón.
- 71/2005. **Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada**. Carmen Tomás-Valiente Lanuza.
- 72/2005. **Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral**. Gregorio Tudela Cambroner, Yolanda Valdeolivas García.
- 73/2005. **Capital social y gobierno democrático**. Francisco Herreros Vázquez.
- 74/2005. **Situación actual y perspectivas de desarrollo del mundo rural en España**. Carlos Tió Saralegui.
- 75/2005. **Reformas para revitalizar el Parlamento español**. Enrique Guerrero Salom.
- 76/2005. **Rivalidad y competencia en los mercados de energía en España**. Miguel A. Lasheras.
- 77/2005. **Los partidos políticos como instrumentos de democracia**. Henar Criado Olmos.
- 78/2005. **Hacia una deslocalización textil responsable**. Isabel Kreisler.
- 79/2005. **Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales**. Juan Antonio Fernández Córdón y Constanza Tobío Soler.
- 80/2005. **La inmigración en España: características y efectos sobre la situación laboral de los trabajadores nativos**. Raquel Carrasco y Carolina Ortega.
- 81/2005. **Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información**. Rocío Sánchez Mangas.
- 82/2006. **La propiedad intelectual en el entorno digital**. Celeste Gay Fuentes.
- 83/2006. **Desigualdad tras la educación obligatoria: nuevas evidencias**. Jorge Calero.
- 84/2006. **I+D+i: selección de experiencias con (relativo) éxito**. José Antonio Bueno Oliveros.
- 85/2006. **La incapacidad laboral en su contacto médico: problemas clínicos y de gestión**. Juan Gervas, Ángel Ruiz Téllez y Mercedes Pérez Fernández.
- 86/2006. **La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social**. Francisco Sevilla.
- 87/2006. **El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia**. Pilar Rodríguez Rodríguez.
- 88/2006. **La desalinización de agua de mar mediante el empleo de energías renovables**. Carlos de la Cruz.
- 89/2006. **Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico**. Juan José Solozábal Echavarría.
- 90/2006. **Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España**. Beatriz González López-Valcárcel y Patricia Barber Pérez.
- 91/2006. **Agencia de Evaluación: innovación social basada en la evidencia**. Rafael Pinilla Pallejà.
- 92/2006. **La Situación de la industria cinematográfica española**. José María Álvarez Monzoncillo y Javier López Villanueva.
- 93/2006. **Intervención médica y buena muerte**. Marc-Antoni Broggi Trias, Clara Llubíà Maristany y Jordi Trelis Navarro.
- 94/2006. **Las prestaciones sociales y la renta familiar**. María Teresa Quílez Félez y José Luis Achurra Aparicio.
- 95/2006. **Plan integral de apoyo a la música y a la industria discográfica**. Juan C. Calvi.
- 96/2006. **Justicia de las víctimas y reconciliación en el País Vasco**. Manuel Reyes Mate.
- 97/2006. **Cuánto saben los ciudadanos de política**. Marta Fraile.
- 98/2006. **Profesión médica en la encrucijada: hacia un nuevo modelo de gobierno corporativo y de contrato social**. Albert J. Jovell y María D. Navarro.

- 99/2006. **El papel de la financiación público-privada de los servicios sanitarios.** A. Prieto Orzanco, A. Arbelo López de Letona y E. Mengual García.
- 100/2006. **La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver.** Pedro Rey Biel y Javier Rey del Castillo.
- 101/2006. **Responsabilidad social empresarial en España.** Anuario 2006.
- 102/2006. **Problemas emergentes en salud laboral: retos y oportunidades.** Fernando G. Benavides y Jordi Delclòs Clanchet.
- 103/2006. **Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas.** Javier Barcelona Llop.
- 104/2006. **Infraestructuras: más iniciativa privada y mejor sector público.** Ginés de Rus Mendoza.
- 105/2007. **El teatro en España: decadencia y criterios para su renovación.** Joaquín Vida Arredondo.
- 106/2007. **Las alternativas al petróleo como combustible para vehículos automóviles.** José Antonio Bueno Oliveros.
- 107/2007. **Movilidad del factor trabajo en la Unión Europea y coordinación de los sistemas de pensiones.** Jesús Ferreiro Aparicio y Felipe Serrano Pérez.