





# EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL



## **PLENO DEL CONSEJO**

### **Presidencia**

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

### **Consejales Propietarios**

Dr. Jorge Efraín Campos

Lic. José Ricardo Chigüila Durán

Licda. Nora Montoya Martínez

Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Licda. Rosa Margarita Romagozza de López Bertrand

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón.

### **Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”**

Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva - Director

Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya - Sub-Directora

### **Agencia Española de Cooperación Internacional**

Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos

Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Embajada de España en El Salvador.

Beatriz González Sánchez, Directora del Programa de Justicia.

### **Autor:**

Dr. Eduardo de Urbano Castrillo

Doctor en Derecho

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

### **Sección Académica - Area Penal -ECJ**

Revisión y aprobación de texto

### **Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ**

Diseño y diagramación.

**El material publicado es de exclusiva responsabilidad de su autor.**

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador.

Tels. 2245-2449, 2245-2450 y 2245-2451.

# **EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL**

Autor:

**Dr. Eduardo de Urbano Castrillo**

Doctor en Derecho

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.



## ÍNDICE

Presentación

1. **SOBRE LA FORMULACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. LA “LEX ARTIS” DE LA INTERPRETACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL.....** 1
2. **LA REFORMA DE LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA.....** 15
3. **UNA PROPUESTA ORGANIZATIVA: LOS GABINETES TÉCNICOS.....** 35
4. **SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (SALA DE LO PENAL), SOBRE EL “RECURSO DE CASACIÓN”, CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2002-2004.....** 57





## PRESENTACIÓN

Esta obra surgió de una consultoría realizada dentro del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, que el Consejo Nacional de la Judicatura desarrolla con la asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). La actividad fue dirigida por el magistrado y Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo Español, Dr. Eduardo de Urbano Castrillo. La mayor parte de los contenidos de la obra fueron utilizados como material de apoyo en el curso que el Dr. Urbano desarrolló sobre la temática, en octubre de 2005. Esta actividad se dirigió a colaboradores jurídicos de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y a capacitadores de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo".

El texto está compuesto por cuatro artículos que analizan diferentes aspectos que tienen una relación fundamental con el recurso de casación penal: su formulación; la organización del Tribunal que lo resuelve; los desafíos del recurso ante las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos; y unas líneas jurisprudenciales sobre cuestiones de admisibilidad del recurso. Todos los materiales están basados en la normativa española, pero de seguro contienen propuestas relevantes para orientar la solución de cuestiones actuales en la práctica de los operadores salvadoreños.

En la justicia penal, la jurisprudencia juega un papel determinante para la unificación de la interpretación de las normas que por su estructura, generalidad o compleja redacción pueden originar decisiones judiciales diversas y afectar con ello la seguridad jurídica. El recurso de casación tiene un gran desafío en la atención de ese riesgo permanente.

La necesidad de aportar al importante y debatido tema del recurso de casación es reconocida por el Consejo Nacional de la Judicatura y de acuerdo con ello se presenta esta obra, con la finalidad de enriquecer el acervo jurídico y contribuir al mejoramiento de la administración de justicia salvadoreña.

Consejo Nacional de la Judicatura



## 1. SOBRE LA FORMULACION DEL RECURSO DE CASACION. LA “LEX ARTIS” DE LA INTERPRETACION DEL RECURSO DE CASACION PENAL.

*Eduardo de URBANO CASTRILLO  
Doctor en Derecho  
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.*

*Cuando estamos a la espera de una profunda remodelación en el sistema de recursos penales, cuya finalidad es potenciar las competencias de los TSJ, y de revisar el actual recurso de casación penal, a fin de configurar una verdadera segunda instancia penal, reclamada por los sucesivos Dictámenes del Comité de Derechos Humanos, que se suceden desde el año 2000, es igualmente, oportuno, exponer cuáles son los problemas técnicos que se aprecian en los recursos de casación que se presentan actualmente ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ello, además de efectos prácticos evidentes, puede contribuir a detectar cuáles son las cuestiones más interesantes, a afrontar por dicha reforma pendiente.*

La jurisdicción penal, cuyo objeto es el conocimiento de las causas y juicios criminales (Art.9.3 LOPJ), posee dos características esenciales, que determinan la gran cantidad de asuntos que genera, pues constituye más del 80 por cien, de las causas totales registradas cada año: su naturaleza pública y las consecuencias de las sentencias condenatorias.

En efecto, esa combinación de incoación mayoritariamente a cargo de agentes del Estado – vía atestado policial, principalmente- y que se impongan penas privativas de libertad, en los casos más graves, genera el deseo de dilatar la ejecución de las sentencias, recurriendo a todo el sistema de recursos procesales existente.

Y en ese planteamiento, tiene un papel muy relevante, el recurso de casación penal, máxime porque las sentencias de mayor gravedad, sólo son recurribles, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación. (Art.57.1 LOPJ). Ya sea ello directamente, si proviene de la Audiencia Nacional o de una Audiencia Provincial, o tras un recurso de apelación ante el TSJ, si se trata de una sentencia dictada en el procedimiento de la Ley del Jurado.

En todo caso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo soporta una gran carga de trabajo, en la que es observable, que la casi totalidad de los recursos, son desestimados o inadmitidos, la mayoría de las veces, por su deficiente interposición.

C  
O  
U  
S  
E  
L  
O  
N  
B  
O  
U  
B  
P  
E  
L  
E  
E  
P  
E  
E  
L  
E  
B

Nos proponemos, por tanto, en esta colaboración, reflexionar sobre esta cuestión, a fin de aportar algunas indicaciones y sugerencias, para un mejor ejercicio de tan importante derecho, dados los importantes bienes jurídicos (libertad, patrimonio, honor...) que se ven afectados en el orden jurisdiccional penal.

## LA ESENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL

La primera cosa que debe quedar claro, es el papel del recurso de casación, en relación al superior derecho a la tutela judicial efectiva (Art.24.1 CE).

En tal sentido, se trata de un recurso extraordinario, que como todos los recursos, está configurado legalmente, lo que significa que deben cumplirse unos presupuestos y requisitos para su interposición, admisión, y eventual estimación.

Evidentemente, y de conformidad con la doctrina constitucional, no es posible un entendimiento formalista de la casación que impida acceder a su examen, sin una base suficiente obstativa (así SSTC 42/1982 de 5 de julio y 123/1986 de 22 de octubre).

Ahora bien, el recurso de casación penal, como recurso extraordinario, no se configura tanto como una segunda instancia u oportunidad de revisión plena del caso, sino como una exigencia constitucional, que conecta el Art.10.2 CE con el Art.14.5 PIDCP de Nueva York, en el sentido de asegurar el derecho de todo condenado a que su caso “sea sometido a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

La esencia de la casación penal ordinaria –que es en la que centraremos este trabajo- es hoy, la evitación de pronunciamientos penales arbitrarios, a fin de que la resolución definitiva del caso, sea conforme con la legalidad penal.

Distintos son, los recursos de casación previstos en el Art.42 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor o el recurso de casación en materia penitenciaria, tratado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 22-7-04 y STS 30-9-04), cuyo objetivo es unificar la doctrina en la materia, y que sólo indirectamente –y siempre que beneficie al recurrente- tiene incidencia en el caso.

La función inicial del recurso, conforme a la *casation* francesa de nomofilaxis y unificación, ha evolucionado hacia una respuesta tutelar que procura el control del derecho, e indirectamente de su

presupuesto fáctico, comprobando si se han conculcado los derechos fundamentales del recurrente.

De este modo, no cabe hablar de la casación como un recurso formalista sino de un control de legalidad de las sentencias dictadas por otros tribunales (TSJ y Audiencias, y en algunos casos determinados Juzgados), a partir de un examen de la racionalidad de la determinación fáctica del proceso y de la corrección de la correspondiente calificación jurídica.

A ello se añade, desde que en 1985 la LOPJ introdujo en el Art.5.4, la posibilidad de fundar el recurso en la vulneración de un precepto constitucional, un amplio campo de examen de posibles violaciones de principios y normas constitucionales.

En definitiva, la casación tiene un amplio ámbito de desarrollo, pero no es el escenario para la revisión de los hechos declarados probados por el órgano de enjuiciamiento, que dispuso de la inmediación, que es, sin embargo, la cuestión que la casi totalidad de los recursos planteados, incluyen entre sus motivos invocados ante la Sala de lo Penal del Tribunal del Supremo.

El recurso de casación penal, pues, se configura no como “*el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto*” (STC 80/2003, de 28 de abril).

En dicha tarea, es fundamental partir de una idea clave: está excluida de la casación, toda cuestión que requiera una valoración directa del juez, es decir, la inmediación.

Por eso, cuando la inmediación se erige en cuestión nodal –pruebas personales o incluso, pluralidad de pruebas heterogéneas- el Tribunal casacional no puede sustituir el criterio del órgano de instancia, por el suyo propio.

Con todo, hay un resquicio que puede aprovecharse: los casos en que no existe motivación, ésta es estereotipada o con déficit sustancial, o muestra una patente “falta de razonabilidad o proporcionalidad”.

La posibilidad de combatir la resultancia fáctica, difícil pero no imposible, tanto sobre el control de la prueba como sobre la racionalidad de su valoración, es el medio más claro de intentar desmontar

la calificación jurídica y consecuentes consecuencias penológicas.

Naturalmente, ello es independiente, de la revisión directa de la calificación legal y, por supuesto, de la posibilidad de impugnar quebrantamientos de forma de naturaleza procesal, los cuales, siempre que se acredite han causado indefensión, están llamados a prosperar.

De este modo, podemos considerar al recurso de casación penal, como un recurso efectivo, que permite revocar sentencias de instancia, determinando la absolución del condenado o el dictado de una segunda sentencia por el propio Tribunal Supremo, evitando el expediente dilatorio, presente en otros ordenamientos, de reenviar la causa, para nueva sentencia y posible nuevo recurso.

Además, conviene recordar, que es posible la anulación, vía casación, de sentencias absolutorias, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (así, STC 81/2002, de 22 de abril), cuando se infringen las garantías procesales esenciales, como rechazar (a la acusación particular), de modo arbitrario, la proposición o práctica de una prueba pertinente y útil para acreditar un extremo importante del proceso.

## LA ADMISIÓN DEL RECURSO.

Toda la problemática de la interposición del recurso de casación penal, se dirige a obtener su admisión a trámite, a fin de que pueda lograrse una sentencia estimatoria de alguno o todos, de sus motivos.

Para ello, es necesario cumplir correctamente con las fases de “preparación del recurso” (arts. 855 a 861 bis c) de la LECrim) y de “interposición del recurso” (arts.873 a 879 LECrim).

Sin embargo, estas fases, no plantean grandes problemas y son escasísimos los casos en que por problemas de orden formal, se inadmite el recurso. De hecho, no me constan, máxime cuando se trata de aspectos subsanables, en prácticamente todos los casos.

En efecto, cuestiones como comparecer con Abogado y Procurador, respeto del plazo, promesa de constituir depósito cuando corresponde, escrito tal como exige el Art.874 LECrim, no son obstáculos insalvables, salvo, naturalmente, la presentación extemporánea del recurso.

De todos modos, y para su debida constancia, examinamos esta parte del recurso de casación.

La fase de preparación, que se realiza ante el Tribunal de

instancia, consiste en la manifestación mediante escrito de Abogado autorizado por Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución que se recurre, del recurso que se pretende entablar, consignando promesa de constituir depósito en cuantía variable –la recogida en el Art.875 LECRIM- siempre que el recurrente no sea el acusado o responsable civil condenados.

En caso de que el motivo sea por quebrantamiento de forma, es preciso designar la falta o faltas que se considere cometidas, así como la reclamación practicada para subsanarla.

Y si el motivo fuera por error en la apreciación de prueba, habrá de señalarse el documento, y los extremos del mismo, que muestren el error imputado, sin que se pueda dejar al Tribunal –bajo sanción de inadmisión- la tarea de “adivinar” en que concreto aspecto, se funda el presunto error que habría cometido el Tribunal sentenciador.

No existen más exigencias, ya que la jurisprudencia ha suavizado el rigor de antaño de exigir con precisión una congruencia entre el motivo alegado y la consignación del precepto correspondiente.

Por otro lado, actualmente, el superior principio de la tutela judicial efectiva, hace que no sea obstáculo el que se yerre en cualquiera de los requisitos señalados, salvo en el insubsanable del cumplimiento del plazo indicado, o que la resolución cuestionada no sea objeto de casación. Y si se solicitare en casación la designación de Abogado y Procurador de oficio, el mencionado plazo sólo empieza a contar desde que se produce tal designación.

La siguiente fase es la interposición o formalización del recurso, la cual tiene lugar ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de personación señalado al efecto en el Art.859 de la LECRIM –quince días si la resolución recurrida la dictó un Tribunal peninsular, veinte días en el caso de las Islas Baleares, treinta si se trata de las Islas Canarias y 60 días si fuere Ceuta o Melilla, la sede del Tribunal.

A la Sala Segunda, llega vía Tribunal de instancia, la resolución recurrida y la causa o parte de ella, en la que conste el documento o falta alegables.

El recurso, también suscrito por Abogado y Procurador, habrá de contener las menciones previstas en el Art.874 de la LECRIM, cuyo rigor se ha atemperado igualmente, hasta el punto de que salvo el desistimiento o la no formalización en plazo, los demás requisitos son disculpables: falta de firma del escrito, omisión del precepto invocado o mezcla de los mismos en un mismo motivo.

C  
O  
U  
S  
e  
L  
O  
N  
B  
O  
L  
O  
B  
—  
D  
e  
L  
—  
B  
—  
O  
B  
r  
n  
—  
B

Es interesante hacer constar que este es el momento para que se produzca la adhesión al recurso de quien sin interponerlo por sí, hace suyos los motivos de aquél al que se adhiere, pudiendo solamente expresar alegaciones complementarias a los mismos, pero sin extenderse por motivos diferentes a los que consigne el recurrente principal.

Más problemático resulta determinar, en un caso concreto, si la resolución es recurrible en casación, habida cuenta del nivel de generalidad en que se mueven los arts.847 y 848 de la norma procesal penal. Por ello, la mejor solución para este tema, es acudir a la jurisprudencia, la cual ha establecido que son inadmisibles, los recursos de casación dirigidos contra: sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal o de Instrucción; sentencias absolutorias si el recurrente no es una parte acusadora; las sentencias de conformidad, salvo que impongan pena superior o inferior a la consentida o se hayan dictado como tales, sin serlo; los autos de ejecución; el auto de la Audiencia que declara prescrito un delito; los autos de sobreseimiento provisional o libre distintos del supuesto del Art.848 párrafo 2º LECRIM y el auto desestimatorio de la admisión de una querrela.

Y entrando ya, en los motivos de inadmisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece en los artículos 884 y 885, los casos en que el recurso será inadmisibile.

De todos ellos, los más importantes son, respecto al Art.884: el núm.3 (“Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos”) y el núm.6 (“..cuando no se designen concretamente las declaraciones de (los documentos) que se opongan a las de la resolución recurrida”).

Y en cuanto al Art.885, el núm.1 (“Cuando carezca manifiestamente de fundamento”), ya que aventurar el recurso cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales” (Art.885.2 ), está abocado a la inadmisión, salvo que se trate de recursos que plantean temas sobre los que no exista jurisprudencia o en los que los criterios de la Sala han cambiado, o se contienen planteamientos novedosos o se refieren a cuestiones en los que por su entidad o porque suscitan dudas y hay que decidir estrictamente sobre todas las circunstancias concurrentes en el caso, es aconsejable, con vista o sin ella, que sea el Tribunal correspondiente, quien decida sobre el fondo del asunto, mediante sentencia, con todos los elementos de juicio posible.

Indicamos seguidamente, algunos criterios interpretativos para fundamentar la inadmisión, y que pueden servir, por tanto, para ayudar



a evitarla.

- 1) Las cuestiones de hecho son ajenas a la casación, siempre que su comprobación necesite de un juicio de inmediación.
- 2) Las alegaciones de “errores de hecho” deben conectarse a una infracción legal, incluso de un precepto constitucional, para lo cual habrá que aportar la doctrina que lo acredite, en el concreto caso de que se trate, no bastando la mera cita de doctrina abstracta (sobre “presunción de inocencia”, “tutela judicial efectiva”, “indefensión”, “falta de contradicción”...).
- 3) La vulneración de la “presunción de inocencia”, implica acreditar que no hay prueba o que la que sirvió para la condena, es ilícita.
- 4) Está condenado al fracaso, la mera discrepancia valorativa del juicio sobre la prueba, realizado por el Tribunal enjuiciador, ya que su imparcialidad se alza contra la versión interesada de la parte recurrente.
- 5) Sin embargo, respecto a dicha cuestión, habilita una posibilidad de triunfo: acreditar la arbitrariedad de la valoración probatoria, apoyada en la invocación de un documento casacional, del que se cite el concreto extremo u extremos, que resulten incompatibles con dicha valoración.
- 6) La prueba indiciaria, puede atacarse como irracional, si el juicio conclusivo toma en cuenta indicios ambiguos –que pudieran servir, al tiempo, como incriminatorios y lo contrario- o si permite una hipótesis igualmente válida, apoyada en la existencia de contraindicios.
- 7) La prueba determinante de los hechos, puede atacarse denunciando su valoración con infracción a las reglas de la lógica, apartamiento de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos.
- 8) Si existen pruebas contradictorias o declaraciones rectificadas, sólo se dará lugar a la admisión del recurso, cuando se estime viable debido a la existencia de dudas expresadas en la sentencia, a las que haya seguido una sentencia condenatoria, o una conclusión no motivada o irracionalmente motivada.
- 9) Las pruebas documentadas no sirven como documento casacional en el sentido del Art.849.2 LECrim, debiendo tratarse de documentos de procedencia extrínseca al proceso (hoja histórico-penal; certificación de nacimiento; informes periciales cuya valoración sea científicamente insostenible o de los que se haya apartado de modo infundado, el Tribunal.)
- 10) Los informes periciales, sólo podrán fundar una causa de admisión del recurso si son la prueba única, o las que existan están conformes con él y sin embargo el Tribunal ha decidido en sentido contrario, pero no cuando se contradicen con otras pericias o pruebas de otra clase.
- 11) La valoración de la testifical de la víctima, no depende tanto de

que se cumplan los tres requisitos clásicos de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, pues puede faltar alguno de ellos sin especial trascendencia. Lo decisivo, al respecto, es la inmediación y racional motivación de su apreciación por el órgano de enjuiciamiento.

- 12) Determinará la admisión, la sentencia condenatoria basada, como única prueba incriminatoria, en la incriminación, no corroborada, de un coimputado.

En cuanto al Art.885 LECrim, por la vía del núm. 1, podrá inadmitirse el recurso “Cuando carezca manifiestamente de fundamento”, cláusula muy abierta que puede recoger –y de hecho así sucede– multitud de casos, con patente falta de viabilidad.

La inadmisión por esta vía –subsidiaria de las causas más concretas del Art.884– se producirá cuando se plantee una cuestión de derecho de forma claramente equivocada.

Así, pretender aplicar el principio “*in dubio pro reo*”, como cuestión de voluntad del recurrente, a pesar de que la condena se haya dictado sin la menor duda del Tribunal.

O intentar hacer prosperar el “*non bis in idem*”, cuando no se cumplen las identidades de sujeto, objeto y circunstancias exigido al respecto.

El núm.2 del Art.885 LECrim, “Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales”, supone la inadmisión en los siguientes casos:

\* Cuando exista una doctrina jurisprudencial bien consolidada, que se oponga a la pretensión del recurrente.

\* Cuando la cuestión esté resuelta por un Pleno no jurisdiccional de la Sala.

\* Cuando el caso no contenga datos o elementos singulares de suficiente entidad, que pudieran hacer necesario un examen en profundidad de contraste, entre doctrina existente al respecto y supuesto fáctico en cuestión.

Por ello, se admitirán, aquellos recursos que se refieran a cuestiones sobre los que no exista jurisprudencia, o ésta sea escasa, o contradictoria; contengan planteamientos novedosos; o cuando las circunstancias del caso (complejidad, trascendencia...) aconsejen un estudio más meditado, incluso con celebración de vista, conforme al Art.893 bis a), con la finalidad de que la resolución del recurso, propicie la emisión de doctrina sobre la cuestión o cuestiones implicadas.

Igualmente, debe alertarse de la invocación de “cuestiones nuevas” no aportadas, ni debatidas por tanto, en la instancia. Este planteamiento aboca a su inadmisión por contrariar la buena fe, la

lealtad procesal y la contradicción, salvo que se trate de una cuestión de naturaleza constitucional o que suponga un claro beneficio para el recurrente-condenado, pues en esos casos, incluso *ex officio* debería ser acogida por el tribunal de casación.

## LA CASACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Pasado el “filtro” de la Sala de Admisión, el recurrente se dirige a obtener la casación de la sentencia dictada por el órgano enjuiciador.

Como se sabe, tres son las posibilidades que se plantean para la estimación del recurso: acreditar una infracción de la ley sustantiva aplicada; que se haya producido un error en la apreciación de la prueba, resultante de documentos que obren en autos y que lo demuestren sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios; y que se patentice un quebrantamiento de forma en la celebración del juicio que haya dado lugar a la sentencia recurrida.

La presente colaboración no pretende una exposición exhaustiva del recurso de casación sino, simplemente, aportar algunas claves para su correcta articulación y defensa. Por eso, en este punto no cabe desarrollar tanto una teoría sobre la estimación del recurso de casación como señalar los puntos mínimos para tender a lograr ese objetivo.

Y a tal efecto, debemos subrayar que la cuestión fundamental consiste en invocar un error legal, con la consiguiente fundamentación jurisprudencial.

Para estar en condiciones de obtener una sentencia estimatoria del recurso de casación no deberá haber encontrado causa obstativa por la Sala de Admisión. Habrá, pues, que haber sorteado las causas de inadmisión antes expuestas.

Si el recurso cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal en su preceptivo informe del Art.882 de la norma procesal penal, aumentarán igualmente sus posibilidades de estimación.

Y lo mismo sucederá cuando se detecte un quebrantamiento de forma, de los del Art.850, de trascendencia.

En relación a dicho precepto, será crucial poner de manifiesto la indefensión que ha supuesto el quebrantamiento, no siendo suficiente la mera constatación del hecho: pregunta denegada, suspensión no acordada...

A pesar de la progresiva flexibilidad mostrada por la Sala en este aspecto, no debe olvidarse formular protesta e incluir las preguntas que se pensaba realizar, para lo cual es conveniente llevar a la vista, un folio preparado con las mismas, y ocuparse de que se incluyan en el acta de la misma.

Se trata, pues, de poner de manifiesto, que el error o quebrantamiento, de no haberse producido, habría dado lugar a otra situación –prueba practicada, preguntas contestadas...- de la que se seguiría, con toda probabilidad, un fallo distinto.

En definitiva, la estimación de la casación penal requiere acreditar la producción de un error de hecho, basado principalmente en la vulneración de las normas que rigen la prueba, o de derecho, por infringir las normas sustantivas que regulen una determinada cuestión legal.

Por todo lo dicho, el recurso de casación penal es un recurso efectivo, siempre que se sepan utilizar las inmensas posibilidades que encierra: el cuestionamiento de la práctica de la prueba (testifical sin advertir de la obligación de no declarar; prórroga de intervención telefónica inmotivada; pericial sin rigor metodológico...); la necesidad de observar las normas constitucionales opuestas a la arbitrariedad (falta de motivación de algún pronunciamiento de la sentencia, inobservancia de la contradicción procesal, intervención de juez que estaba “contaminado”...); errores de procedimiento con trascendencia en el caso o infracciones de normas sustantivas penales (castigar una agresión sexual en concurso con un delito de lesiones síquicas, cuando éstas no se apartan de lo normal, en estos casos; mala aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria en el delito fiscal cometido por el administrador de una sociedad, al no ser ésta, sino el condenado, quien debe responder (STS 336/2004, de 15 de julio); incorrecta individualización de la pena; errores en la aplicación de la continuidad delictiva en el tráfico de drogas (STS 919/2004, de 12 de julio), etc., etc.

Por último, deben tenerse presente las distintas consecuencias de la estimación del recurso, según cual sea su fundamento. Así, si es por un quebrantamiento de forma, obliga a devolver la causa al tribunal enjuiciador para, una vez depurado el error, seguir el proceso y dictar la sentencia que corresponda. Y si lo producido es un error de ley, el propio Tribunal Supremo dictará segunda sentencia.

En cuanto a las infracciones de precepto constitucional, que encierran una decisión contraria al juicio justo, por ser arbitrarias (Art.9.3 CE), contienen un abanico de posibilidades, que el recurrente

puede plantear y argumentar.

Así, la falta de motivación, puede dar lugar a la absolución, a la devolución para ser subsanada por el Tribunal de la Audiencia o a ser completada por el Tribunal casacional.

Del mismo modo, la resolución de un problema de ilicitud probatoria, puede originar la absolución, si no había más pruebas o las existentes están afectadas por conexión de antijuridicidad con la declarada ilícita; o la inclusión de la prueba en el juicio, que habrá que repetir con nuevos Magistrados, etc.

## ALGUNAS SUGERENCIAS PRÁCTICAS

Tras lo expuesto, muy sintéticamente, podemos recopilar el siguiente conjunto de ideas prácticas:

Recomendaciones para formular buenos recursos de casación penales:

Primera.- Orden expositivo correcto. Primero los quebrantamientos de forma y luego los sustantivos, colocando la infracción de precepto constitucional siempre, antes de las presuntas infracciones legales.

Segunda.- Claridad en la enumeración de los motivos. No deben mezclarse bajo un mismo motivo, dos o más causas fundamentadoras de la casación pretendida.

Tercera.- Brevedad. El valor del recurso no depende de la cantidad de palabras que contenga (“más valen quintaesencias que fárragos”, decía Gracián) sino de la calidad que supone toda buena selección de ideas, argumentos y su implementación.

Cuarta.- Sobre todo los hechos. Lo fundamental en todo recurso, es trabajar la prueba del hecho de la que deducir la consecuencia jurídica que interese (“*ius nascitur ex facti*”).

Quinta.- La vía documental. El concepto de documento casacional manejado en el Art.849.2, que permite cuestionar los hechos probados, tiene un alcance reiteradamente expuesto por la doctrina jurisprudencial, que no puede sustituirse por la invocación de cualquier actuación documentada en la causa, con la que se pretenda obtener las consecuencias que interesen, sin tener en cuenta si existen otras pruebas contrarias y que el juicio global valorativo corresponde al órgano

enjuiciador imparcial.

Sexta.- Racionalidad. Las afirmaciones de hecho de la sentencia, deben cuestionarse a través de la ausencia o insuficiente motivación, su presunta irracionalidad o la infracción de normas de la experiencia o principios científicos. Siendo de destacar, el escaso esfuerzo imaginativo que se hace en los recursos, sobre este importantísimo aspecto.

Séptima.- Infracción legal. La invocación de la infracción de normas sustantivas penales, debe acompañarse de la doctrina jurisprudencial específica del caso, la cual, de modo sucinto y evidente, (cuando se pueda) justifiquen la infracción denunciada. En otro caso, deberá defenderse que la interpretación que se sostiene en el recurso, es más favorable al reo, y que la norma lo permite.

\* “Malas prácticas” que deben evitarse:

Primera.- No deben incluirse en el mismo motivo casacional, diversas infracciones, ya que la casación exige consignar cada motivo con su respectiva presunta vulneración.

Segunda.- Evitar el abuso de recurrir al Art.24 CE. Además de las frecuentes confusiones entre la invocación del núm.1 o del núm.2 de la citada norma constitucional, se propende a esgrimirlo de modo excesivo, sin el menor apoyo legal complementario, planteando de ese modo, una genérica e inane impugnación de la sentencia, con fórmulas como “violación de la tutela judicial efectiva” o del “derecho al debido juicio”.

Tercera.- Cuestiones “*ex novo*”. Están vedadas en casación, salvo que pretendan prospere una circunstancia modificativa de la responsabilidad que beneficie al recurrente, se trate de una infracción constitucional o se alegue la prescripción.

Cuarta.- Alegación de normas sustantivas penales. El Art.849.1 LECrim no permite apoyar la infracción de ley en principios procesales, normas no penales o incluso normas procesales que no sean de carácter penal.

Quinta.- Cita de documentos. Con indeseable frecuencia se citan todos los documentos del proceso, documentos que documentan pruebas personales –testificales, prueba de confesión...- ; documentos completos, sin señalar los concretos extremos donde estaría el error; o documentos que dicen una cosa, frente a otras pruebas que dicen algo distinto, olvidando el Art.741 LECrim, y que por el Art.9.3 CE, en esos casos sólo cabría denunciar falta de racionalidad en la conclusión del

órgano de enjuiciamiento.

Sexta.- Manejo imperito de los conceptos “incongruencia, predeterminación y contradicciones”. Se suele emplear alguno de estos términos, como si se tratara de fórmulas-mágicas, desconociendo su significado, reiteradamente establecido por la jurisprudencia...

Así, se habla de incongruencia, cuando el fallo no resulta “congruente” con las expectativas de la parte o simplemente, cuando no ha dado expresa respuesta a alguna de sus alegaciones, olvidando que la congruencia se predica, únicamente, de las pretensiones.

Se alega “predeterminación” cuando el *factum* contiene algún vocablo no vulgar, pero usual en el mundo jurídico, conocido por los que lo frecuentan y, en general, por la sociedad (“tráfico”, “partícipe”, “colaboración”, “cambial”, “licencia”). Al respecto, sólo se admiten como supuestos de predeterminación, las expresiones que en vez de suponer una neutralidad descriptiva, anticipan el fallo y, suprimidas, dejarían al relato de hechos, huérfano de la descripción fáctica necesaria para la calificación jurídica (así, hablar de “fuerza” en el robo con fuerza en las cosas, o decir que un reportaje, por su contenido, afecta al honor del aludido en el mismo, para considerar cometido un delito de injurias).

En cuanto a las “contradicciones”, se ignora la consolidada jurisprudencia existente, que las considera inaplicables cuando hay variaciones de matiz, complemento de datos o se pretende encontrar contradicción entre el relato fáctico y algún aspecto contenido en la fundamentación jurídica. Sólo hay contradicción cuando en la misma declaración de hechos probados, se dice una cosa en uno de sus párrafos, y lo contrario, frontalmente, en otra parte del *factum* (Así, de modo contundente: “Era de noche, y no había luz eléctrica” y luego “se veía muy bien”, o de modo, indirecto, que “la calle estaba solitaria” y poco después, “en la calle existían algunos coches aparcados”, lo que introduce datos nuevos, incluso de gran importancia, como que pudiera haber personas en los mismos, con lo que no es de recibo afirmar que la calle estaba vacía y ocupada al tiempo. Otra cosa, hubiera sido: “La calle estaba completamente desierta, existiendo, únicamente, un coche aparcado sin ningún ocupante en su interior”).

Y nada más, no se debe olvidar que los recursos, son el derecho en acción, y que como tal, suponen la posibilidad de pugnar por conformar el objeto del proceso primero, y sus resultados después, pero que, en todo caso, no es sólo una cuestión científica o práctica, sino sobre todo, un arte, que como tal, requiere conocer su “*lex artis*”, y ponerla en práctica, tarea que requiere experiencia propia (formación

y años de ejercicio) y conocimiento de la ajena (aprehensible a través del estudio doctrinal y del examen de la jurisprudencia).

a  
r  
u  
r  
a  
c  
i  
d  
u  
j  
a  
l  
e  
d  
l  
a  
n  
o  
i  
c  
a  
N  
o  
j  
e  
s  
c  
o  
c



## 2. LA REFORMA DE LA CASACION PENAL ESPAÑOLA. ORGANIZACION Y REGULACION POSIBLE.<sup>1</sup>

(...) no basta plantear cómo debiera ser la nueva casación penal si no se acompaña del complemento, de cuál debe ser el diseño global del sistema de recursos, a fin de asegurar la doble instancia y, como cúspide del sistema, establecer un recurso de casación limitado a asegurar el respeto a la norma penal, mediante la doctrina procedente del Tribunal superior en todos los órdenes -salvo en materia de garantías constitucionales- a través de un recurso dirigido, especialmente, a procurar la unidad interpretativa del ordenamiento penal.

A tal fin, han de configurarse dos recursos: de apelación, que satisfaga las exigencias derivadas del derecho a un segundo examen o pronunciamiento derivado de errores cometidos en el juicio oral; y de casación, reservado únicamente, a la función de definir la doctrina legal, en los casos en que ésta no exista o no haya sido seguida por algún Tribunal.

a) Doble Instancia. Si partimos del hecho de que en materia penal, ha de asegurarse la posibilidad de la revisión de una sentencia por un Tribunal superior, concluiremos en que la exigencia fundamental, desde el punto de vista del recurrente, es que se le dé una respuesta, lo más rápida posible y permitiéndole discutir no sólo el derecho sino también la fijación de los hechos declarados probados en la sentencia objeto de recurso.

Otras metas u objetivos, como velar por una interpretación ortodoxa de la ley, que evite contradicciones y la dispersión horizontal que actualmente se observa, lo cual redundaría en la desigualdad en la aplicación de la ley, no tiene por qué conectarse a esa primera revisión, aunque tenga gran amplitud.

Antes al contrario, para realizar una función nomofiláctica y unificadora, -propia de una segunda revisión- se requiere mayor sosiego, distanciamiento y serenidad, a lo cual va necesariamente unido una limitación del número de asuntos que accedan a dicha vía, a fin de que pueda posibilitarse la obtención de una doctrina más depurada y reflexiva, que, incluso, permita proyectar reformas legislativas.<sup>2</sup>

1. Selección del libro "La nueva casación penal", Eduardo de URBANO CASTRILLO Editorial: Dykinson, reimpresión 2005, pp. 107-126, realizada por el mismo autor.

2. SANCHEZ MELGAR, Julián en "El acceso a la casación", conferencia pronunciada en el curso "Casación y Jurisprudencia", celebrado en El Escorial, Cursos de Verano de la UCM, 16-20 de Julio 2001.

Esta segunda modalidad de recurso, no sitúa, pues, la resolución de un conflicto intersubjetivo, como su principal objetivo. Lo cual delimita, con claridad, las dos esferas de revisión del caso y revisión de la doctrina legal aplicable al caso, aunque en ambos supuestos, sea la interpretación de la norma la base de la discusión.

La doble instancia, conectada al recurso de apelación, se erige, de este modo, en el “guardián de los hechos” declarados probados en el *factum* de la resolución recurrida. Y de ese modo, se propicia que el Tribunal más próximo a los hechos, proceda a su revisión, con la posibilidad de admisión y práctica de prueba, y, finalmente, compruebe el acierto o desacierto, de la calificación jurídica adoptada en la resolución recurrida, con las correlativas consecuencias penales y civiles derivadas de un ilícito penal.

Para que el sistema funcione razonablemente, si bien debe admitirse la apelación contra toda resolución que haya causado algún gravamen –incluida la posibilidad del recurso por parte del Ministerio Fiscal, de las sentencias absolutorias- habrá de limitarse la posibilidad de práctica de prueba, y exigirse una cierta vinculación entre las pretensiones de la instancia y las que pudieran conectarse al resultado de la nueva prueba, a fin de que, en todo caso, no se vaya a un “juicio repetido”, que conduzca al sucesivo sometimiento del caso, ante diversos órganos judiciales, abriendo *ex novo* el asunto, cada vez, y negando de hecho, una revisión de lo resuelto.

En esta segunda instancia o segundo grado de jurisdicción, lo decisivo es que se permita “una revisión de lo decidido tan amplia como sea posible, sin llegarse a una repetición del juicio”, es decir, “la renovación integral de la discusión sobre la acusación”.<sup>3</sup>

El recurso, que en esta vía reclama el respeto a los derechos fundamentales del condenado, ha de permitir la discusión del hecho y el derecho derivado de las conclusiones contenidas en la sentencia. Constituyendo un modo más, pero especialmente importante, de defenderse de lo que sigue siendo una acusación –aún no definitivamente cristalizada en una resolución firme- que ya cuenta, no obstante, con un hito procesal tan notable como una sentencia condenatoria.

De ahí, que lo necesario, es que se posibilite un reexamen o reiteración de lo discutido y decidido en primera instancia, por un cuerpo judicial distinto del que inicialmente tomó la decisión, que se encuentre en una instancia procesal superior (lo cual incluye, por ejemplo, a una Sala o Tribunal que actúe como instancia diferente – en funciones resolutorias de recurso- aunque pertenezca al mismo órgano

3. PASTOR, Daniel R. “La nueva imagen de la casación penal” pág. 214. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

que dictó la sentencia a revisar).<sup>4</sup>

El objeto del debate en el recurso se contraerá a los aspectos o cuestiones que suscite el recurrente, en base al aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*, lo que supone partir, en lo no recurrido, de la existencia de cosa juzgada parcial, aunque en el proceso penal lo normal sean los recursos de totalidad, en los que se cuestionan los hechos, el derecho y las consecuencias de la calificación jurídica base.

Sobre la objeción del valor decisivo de la inmediación, que impediría alcanzar una valoración de la prueba que depende sustancialmente de aquélla –la testifical, señaladamente- conviene profundizar en la cuestión, que viene tratándose con gran superficialidad.

En efecto, la admisión de prueba en segunda instancia –aunque con los lógicos límites que el legislador imponga- tiene un efecto revulsivo de la mayor importancia, pues puede contradecir el soporte fáctico de lo resuelto por el *iudex a quo*, propiciando así, unas conclusiones jurídicas diferentes a las alcanzadas en la instancia. La práctica de la vigente apelación penal española, así lo atestigua, cotidianamente.

Por otro lado, la comprobación de la valoración de la prueba practicada en la instancia, que se efectúa a través del contenido de la sentencia y del acta, como documentos principales y del resto de las actuaciones como elementos complementarios, alcanza no sólo a las pruebas tradicionalmente consideradas propias de recurso –la documental, y en general las reales- sino a las mismas pruebas de naturaleza personal –confesión, testifical,...- pues sobre ambas ha de proyectarse el control de racionalidad, licitud y suficiencia incriminatoria que exige el Tribunal Supremo, para la comprobación de la existencia de prueba lícita y de cargo, que sea suficiente para considerar enervada la presunción de inocencia.

La tarea no es fácil pero es posible, si bien requiere perfeccionar los mecanismos de acceso al tribunal de apelación, de lo decidido y en base a qué, en la instancia. Lo cual requerirá, de una mejor plasmación del desarrollo del juicio oral- cuando la propia policía se muestra partidaria de la filmación de la inspección ocular, resulta insostenible retrasar la grabación del acto procesal más importante, la propia vista oral- en la que, bajo la dirección del fedatario público, se proceda a la reproducción técnica del plenario, grabándolo siempre y filmándolo, únicamente en casos especiales, por ejemplo.

4. Id.op.cit. Pág. 216.

Igualmente, y tras haberse conseguido una generalizada motivación –aunque siguen existiendo puntuales excepciones- de los fundamentos en que los órganos enjuiciadores basan la acreditación de los hechos (prueba), la subsunción en los tipos penales correspondientes (calificación jurídica) y de la pena concretamente impuesta (aunque en este apartado, aún no se ha alcanzado el cien por cien), habría que aumentar las exigencias sobre cuestiones de gran importancia, todavía ausentes o carentes de la necesaria fundamentación: la responsabilidad civil y los juicios de inferencia.

A esas “cuestiones pendientes”, habría que sumar, en este nuevo planteamiento, la obligación de que los órganos de instancia hicieran constar, de una manera depurada y concreta – esfuerzo de racionalidad técnica que no implica una extensión desmesurada del razonamiento- los fundamentos que llevan a la decisión, la cual debería superar el juicio de razonabilidad (lógica) y acierto, en el caso.

Este último aspecto, podría ser abordado por el Tribunal de apelación, desde el sosiego y la serenidad de juicio que da el no estar imbricado en el caso, mediante el análisis del juicio del órgano *a quo* y la plasmación de sus propias conclusiones. Se trataría no de sustituir el juicio del inferior por el del superior, sino de emitir un juicio técnico, más completo e integral, por proceder de un reestudio del asunto, a partir del reexamen de las cuestiones concretamente replanteadas por el recurrente, y de la anulación o práctica de pruebas que, de este modo, hayan podido modificar la base fáctica de la sentencia, y al tiempo, las consiguientes conclusiones jurídicas de todo orden.

Se trata, por tanto, de no conformarse con la simple existencia de una motivación, y calificarla automáticamente, sin más esfuerzo, de razonable, lógica y no arbitraria, pues no puede admitirse un planteamiento formalista que ignore el acierto de la decisión, la cual se viene considerando correcta jurídicamente sólo porque no se acredita su error, aunque pudiera ser que falten auténticos razonamientos fundadores de la decisión o que aun existiendo, son simples expedientes formales que encubre una cómoda postura que no se adentra en la búsqueda de la verdad material (posible) del caso.

Debe quedar claro, que no se trata de bendecir la razón del órgano que está más arriba en la pirámide judicial, pues dicho planteamiento conduce al absurdo de que siempre tendrá razón el siguiente tribunal, lo que llevaría a la necesidad de poner instancias sucesivas (tres, cuatro...), sin más fundamento.

De lo que se trata, es de propiciar un respeto a los derechos fundamentales del acusado, en particular de la tutela judicial efectiva,

y junto a él, del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio, al secreto a las comunicaciones, y en suma a un “juicio justo”. Y del lado de la víctima, de su derecho a obtener la reparación integral que proceda, en cada caso. Sin olvidar, tampoco, la necesidad de que el Estado vea reestablecido el orden jurídico quebrantado, cuya defensa activa se encomienda al Ministerio Público.

A este respecto, el sistema alemán contempla una apelación, que ha sido calificada como “una segunda instancia sobre los hechos” pues se pueden introducir nuevos medios de prueba sin límites.<sup>5</sup>

El recurso se admite contra todas las sentencias del Juez de lo Penal y del Tribunal de escabinos. El órgano resolutorio es la pequeña Sala Penal del Tribunal del Land.

Pasado el “filtro” de la admisión –condiciones de admisibilidad y demás requisitos- se procede a su tramitación, en la que destaca la celebración de vista oral, en la que –salvo que el recurrente sea el Ministerio Fiscal- la incomparecencia del acusado, determina el rechazo de la apelación sin vista sobre la causa.

Se concede la palabra al Ponente quien informa del resultado del proceso hasta esos momentos, se practica la prueba que corresponda, y se sigue con los informes finales y el derecho a la última palabra del acusado.

Si aparecen nuevos hechos o se estiman de forma distinta a los de la instancia, el tribunal de apelación anula el fallo de la primera instancia y pronuncia su propia decisión.

Se trata, por tanto, de un juicio revisorio amplio, tanto por el ámbito objetivo sobre el que recae, como por las condiciones de celebración del mismo, en el que se produce, casi, un nuevo juicio, y se incide en los motivos de apelación sobre la base del material disponible hasta entonces.

(No se oculta, que tan ambicioso planteamiento, exige un empleo de recursos humanos y de tiempo, notables, que Alemania puede permitirse porque, simultáneamente, dispone de una planta judicial –especializada y numerosa- que permite la resolución más rápida e idónea, de las controversias judiciales. Así, frente a los 3.512 integrantes de la carrera judicial española, a 1-12-2000, lo que supone 10 jueces por cada 100.000 habitantes, Alemania cuenta con 29 jueces por cien mil habitantes).<sup>6</sup>

5. SCHLÜCHTER, Ellen en “Derecho Procesal Penal”, Pág.167, Tirant lo blanch, 1999.

6. Según datos de la Memoria 2001 del CGPJ, pp.338 y 376.

Debería, por tanto, configurarse un recurso de apelación penal, de implantación generalizada para toda clase de procesos penales, introduciendo la novedad –respecto al sistema vigente- de que contra las sentencias dictadas en el procedimiento por delitos graves, se introduzca una auténtica segunda instancia.

Los Tribunales Superiores de Justicia, previo desdoblamiento de la Sala de lo Civil y Penal en dos Salas, una Civil para el conocimiento del derecho foral propio –en los territorios donde existe- y de las nuevas atribuciones que le confiere la LECIV 1/2000; y otra, la Sala de lo Penal, -que además de las competencias actuales- tendría asignado el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias provinciales.

La apelación, se configuraría así, como el mecanismo de depuración de errores –de hecho y de derecho- cometidos en el enjuiciamiento oral por los órganos más cercanos al Tribunal de apelación, que tendría la oportunidad de corregirlos y de proporcionar una auténtica segunda respuesta al caso, derivada de un reexamen a fondo, es decir, no formal ni limitado a motivos extraordinarios.

En cuanto al alcance concreto de esta apelación, se alzan dos modelos principales: “el limitado o revisionista”, de origen austriaco, que prohíbe nuevas pretensiones y admite, excepcionalmente, nuevas pruebas; y el “amplio”, propio de Francia, Alemania e Italia, que permite tanto nuevas pretensiones como pruebas.<sup>7</sup>

Desde luego, la introducción de las nuevas técnicas de reproducción –mediante grabación y filmación-, van a permitir que se cuente con un “acta tecnológica” que frente a la manual, tradicional, supone la constancia cuasiperfecta de lo sucedido en el juicio oral, proporcionando así, una herramienta de primera calidad para propiciar una auténtica apelación que conseguiría, en materia penal, superar el obstáculo (hasta ahora, infranqueable) de la oralidad e intermediación de las pruebas personales.

De ese modo, en los casos en que no hubiera vista de apelación, el documento visual y sonoro del juicio previo, constituiría un elemento identificador de primer orden para captar lo realmente sucedido en la instancia. Y, en los casos en que se diera vista oral, porque se propusiera prueba que resultara admisible y hubiera de practicarse, se contaría, igualmente, con un elemento referencial de contraste, magnífico.

7. MORÓN PALOMINO, Manuel “Código Penal de la Democracia y Recurso de Casación” p.73, en “Estudio y Aplicación Práctica del Código Penal de 1995”, Tomo I. Parte General. ICSE-COLEX, 1998.

No se nos oculta que la implantación de este sistema pudiera ralentizar la resolución de las apelaciones, pero la objeción queda fácilmente superada si se considera las ventajas que aporta: las nuevas tecnologías , a largo plazo, implican mayor velocidad de resolución y más acierto, evitando los errores que llevan a continuar el procedimiento vía nuevos recursos; se concentran las respuestas en un territorio propio, en el que la seguridad jurídica de la previsibilidad de los fallos del Tribunal de apelación es mayor; se aprovechan mejor los recursos humanos, al dar contenido real a unos tribunales desaprovechados en la jurisdicción penal, si bien habría que pensar en una composición más profesional – el Magistrado autónómico, supone, en nuestra opinión, una “cuota” política, inaceptable en un órgano jurisdiccional, máxime si entre sus competencias se cuenta, precisamente, la instrucción y enjuiciamiento de aforados del territorio- , proveyendo las plazas entre Magistrados de cierto y acreditado nivel jurídico y experiencia ( así, exigiendo un número de años determinado en la jurisdicción, diez por ejemplo; haber pasado por una Audiencia Provincial; y contar con méritos jurídicos objetivables: especialización, doctorado, publicaciones...).

Y es que conviene tener en cuenta, que una respuesta solvente al proceso penal, en apelación, evitaría el alargamiento del proceso y dejaría la casación –como veremos seguidamente- reservada, únicamente, para cuestiones de índole jurídica en la que esté en juego la unificación (el fuero) antes que el problema concreto del caso (el huevo), si se nos permite la gráfica expresión.

b) Casación. Una vez colocada la primera piedra del edificio de los recursos penales contra sentencias –y demás resoluciones, contra las que cabe la apelación- , es hora de perfilar lo que podría ser la nueva casación penal.

Y para ello, debemos partir de un recordatorio elemental: la Corte de casación, emplazada en la cúspide de la jerarquía judicial, no está para “corregir” a un órgano situado en uno u otro nivel de la pirámide judicial. Para depurar errores, como se ha dicho, está el recurso de apelación residenciable en un órgano superior del territorio del órgano apelado, ya sea único o se reparta la apelación entre dos órganos (Audiencias, para conocer de la apelación contra las resoluciones de los Juzgados, y Tribunales Superiores de Justicia, para las apelaciones de las sentencias de las Audiencias).

La misión del Tribunal Supremo, es la producción de jurisprudencia (Art.1.6 C.Civ), al interpretar y aplicar la ley, a las cuestiones que se le planteen, a través de sus resoluciones que “sirven de guía a todos los jueces y constituyen en su conjunto el más autorizado

comentario a las leyes del Estado”.<sup>8</sup>

De ese modo, se faculta al Tribunal Supremo para conocer, sin límite de materias, las cuestiones en que se haya producido una interpretación jurídica errónea que atente a la seguridad e igualdad jurídica, por apartarse de la doctrina fijada por dicho Alto Tribunal o, simplemente, por pronunciarse sobre cuestión nueva sobre la que aún no existiera doctrina al respecto.

Esta es la razón de ser del recurso, sobre la que no ya la jurisdicción laboral, sino la propia contencioso-administrativa ha venido incidiendo, desde hace tiempo, señalando que se trata de hacer efectivos los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad, a fin de evitar que los ciudadanos se vean sorprendidos por respuestas judiciales dispares o contradictorias.<sup>9</sup>

Aunque ello, exige “idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”<sup>10</sup>, que en materia penal, es mucho más difícil de hallar que en otras jurisdicciones en las que lo reglado se impone, como objetivo a lograr, presupuesto radicalmente contrario del que parte el hecho penal, consistente en la violación de la regla jurídica *–previa et certa lege–*.

Sobre este tema, el nuevo recurso de casación por unificación de doctrina, introducido en la LORPM 5/2000, inédito hasta el momento, habrá de superar el listón de la admisión para proporcionar a la Sala, sentencias contrarias sobre idéntica o similar cuestión, en un campo en el que las circunstancias del menor son, por esencia, propias e intransferibles, aunque recientes estudios hablen de que prácticamente el cien por cien de los menores “encerrados” en centros de internamiento, son marginados sociales, con graves problemas familiares y educativos.<sup>11</sup>

Y dicho lo anterior, vamos a exponer los distintos temas sobre los que podría construirse la nueva casación penal, asumiendo la idea básica propuesta por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con las correcciones y precisiones que nos parecen más convenientes.

- Cuestiones orgánicas. No hay especiales novedades en esta cuestión. El recurso de casación penal debe seguir siendo objeto de

8. CARNELUTTI, Francesco en “Cómo se hace un proceso”, Pág.139, Ed. Temis SA, 1989, Bogotá.

9. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago en “El recurso de casación para la unificación de doctrina en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, La Ley 1999-3; y STS (Sala 3ª) 11-7-1994 citados por HUERTA MANZANO, Carmen en “El recurso de casación para la unificación de doctrina en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” en Leynfor, Doctrina y Jurisprudencia,31/2000.

10. HUERTA MANZANO, Carmen en op.cit, Pág.14

11. CARRANZA, Elías, miembro del ILLANUD, (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente) en “La Justicia Juvenil”, publicado en “Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías”, Colex, 2001, proporciona ese dato, tras un estudio entre catorce países de dicho área, incluyendo España e Italia.



conocimiento por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien habría que establecer turnos diferenciados para la composición de la Sala, en materia de aforados y del recurso penal de menores.

Ello requerirá la publicación, al comienzo de cada año, de los miembros realmente designados a tal efecto, y las reglas de intervención en dichos recursos, para hacer efectivos, el principio de publicidad y el derecho al juez predeterminado por la ley.

En el primer caso, la casación contra las sentencias dictadas en primera instancia por un determinado Tribunal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, deberá ser examinada por un Tribunal de la misma Sala, compuesto por diferentes Magistrados, y cuyas reglas de composición, estén previamente establecidas.

El segundo, porque la especial naturaleza del proceso penal de menores, requiere que al menos alguno de los componentes del Tribunal que conozca la casación, sea especialista en menores, cuestión abordada por la propia LORPM, en cuya Disposición Final Segunda, expresamente, se establece el compromiso – pendiente de cumplimiento- de *“la adecuación de la regulación y competencia de los Juzgados de Menores y de la composición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a lo establecido en la presente Ley,* solución que, con variantes, es la del derecho comparado.<sup>12</sup>

(Cuestión pendiente sería la de configurar el régimen de especialistas, que más que en la superación de un examen de temas –aunque podría constituir una de las vías para el reconocimiento- debería avalar una trayectoria de méritos constatables en dicha subjurisdicción –determinado número de años de ejercicio, ponencias, comunicaciones, publicaciones, asistencia a cursos, etc.-.)

- Resoluciones recurribles. Frente al actual panorama, tanto de sentencias como de autos recurribles, -expuesto al tratar el Capítulo II (La regulación actual), apartado 2. Motivos de casación-, las propuestas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo –como también se expusieron- inclinan por limitar la casación a los supuestos de mayor entidad, en los que además, se detecten problemas de contradicción o inexistencia de jurisprudencia, que hagan necesario un pronunciamiento del Alto Tribunal, para unificar la doctrina legal, en determinada cuestión (supuestos de “divergencias horizontales”, “divergencias verticales” y cuestiones nuevas).

12. URBANO CASTRILLO, Eduardo de y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel en “Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”, pp. 48, 49, 374, 375 y 548, Ed. Aranzadi, 2001.

Y así las cosas, sólo se prevé la casación para sentencias, no para los autos contra los que actualmente cabe, los establecidos en el Art.848 LECRIM, cuyo alcance ha sido perfilado por la propia jurisprudencia: los autos definitivos que dispongan el sobreseimiento libre por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y se hallare procesado por ellos, alguna persona; los dictados por las Audiencias, declarándose incompetentes (Art.25 LECRIM); los dictados por los TSJ al resolver en apelación recursos en relación con los arts.36 LOTJ y 676 LECRIM; los autos de las Audiencias que acuerden o denieguen la revisión de sentencia; contra los autos que denieguen el requerimiento de inhibición (Art.35 LECRIM); y contra los que desistan y resuelvan sobre la competencia (arts.40 y 43); respecto al auto que resuelva sobre recusación (Art.69 párrafo segundo); los que resuelvan sobre declinatoria y los que admitan las excepciones de cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto; los autos que fijen el límite de cumplimiento de las penas y los de condena condicional; y contra la resolución en ejecución de sentencia de abono de prisión preventiva). Además, son recurribles en casación, conforme se recoge en el Art.42 de la LORPM, LO 5/2000, de 12 de enero, los autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales, al resolver sobre la procedencia de la aplicación de dicha ley, en los supuestos establecidos en la misma, a los mayores de dieciocho años menores de veintiuno.

En cambio, la nueva casación, se dirigiría al examen de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia, las de los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del jurado o respecto a aforados, las de la Audiencia Nacional dictadas en segunda instancia, las del propio TS, en los casos en que conozca en primera instancia –aforados- y en los supuestos previstos en la LORPM, aunque el precitado de la procedencia o no de aplicar la ley penal del menor al grupo de menores de veintiún años, mayores de dieciocho, plantea un nuevo debate: ¿restringir la casación a sentencias, o permitir –como hasta ahora- que siga conociendo de determinados autos?

Ese es el tema pendiente, que dependerá de una decisión de política legislativa. Y así, si se opta, con toda determinación, por una casación restringida en cuanto a la clase de resoluciones – las sentencias indicadas- los autos en principio no accederán, pero habría que matizar la cuestión en un doble sentido: 1º que aunque fueran los TSJ los que conocieran de los recursos contra los autos que actualmente –por la vía del Art.848 LECRIM- llegan al TS, cupiera incluir a estas resoluciones entre las susceptibles de casación cuando se detectaran contradicciones entre los TSJ o frente a la doctrina fijada por el TS, y 2º que las cuestiones de competencia previstas en el Art.20 LECRIM que resuelve el Tribunal Supremo, como superior jerárquico de los órganos en conflicto, deberían seguir recayendo en el TS.

- Tramitación. En esta fase se impone simplificar al máximo la cuestión, estableciendo los retoques necesarios para agilizarla, todo lo posible, esto es, compatibilizando la mayor diligencia, con el respeto a las garantías del recurrente.

Y en concreto, apuntamos las siguientes sugerencias: anuncio del recurso ante la Audiencia o el TSJ, que no debería llevar aparejado la exigencia de “preparación”, haciendo constar las bases del recurso que luego impedirían, en la fase de formalización ante el TS, cambiarlas (suprimir, por tanto, vía legal, la exigencia del principio de “unidad de alegaciones”, derogado jurisprudencialmente)<sup>13</sup>; hacer contradictorio el recurso de queja, previsto para los casos en que el Tribunal “a quo” no tenga por preparado el recurso; eliminar el requisito del “depósito”, institución obsoleta, sustituible por la imposición de costas en caso de desestimación del recurso; legitimación para recurrir, al Ministerio Fiscal en todo caso, y a cualquier parte con “gravamen” en la instancia; y la posibilidad de que baste la cita del Art.24 CE para interponer el recurso, sin que sea por tanto necesario mencionar precepto concreto de la LECRIM que autorice el motivo de recurso esgrimido.

Antes de pasar a la fase de decisión sobre la admisión del recurso, nos parece importante detenernos en dos cuestiones: la ordenación interna del recurso y la Nota que prepara el Secretario para el Magistrado Ponente, contemplada en el Art.880 de la vigente LECRIM.

Respecto a la primera cuestión, consideramos que la ordenación cronológica de los recursos (Art.877 LECRIM), completada con la numeración separada de los asuntos con preso, en los que se imponga la pena de muerte, de competencia, “in fraganti”, del procedimiento de la derogada Ley de Orden Público y los fundados en quebrantamiento de forma, previstos en el segundo párrafo del mencionado artículo, requiere otra regulación.

Proponemos, en cambio, que el criterio de numeración correlativa y tramitación cronológica subsiguiente, se compatibilice con la exigencia legal de establecer turnos distintos para los recursos ordinarios, los de aforados, menores y del jurado, así como para otras resoluciones –autos sobre competencia- que no deben esperar el ritmo normal de tramitación, por la importancia que tiene el tiempo en su resolución. Apoyan esta propuesta, que se trata de materias a las que seguirán decisiones posteriores, distintas de la simple ejecución, sobre el asunto.

13. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés en op.cit. p.111, señala con toda razón, que muchas veces el Abogado que prepara es distinto del que formaliza el recurso, y que éste no debiera hallarse “atado” por el primero, dado que cuando se estudia verdaderamente el asunto es en la fase previa a la formalización del recurso.

Y en cuanto a la formación de la Nota, debiera contemplarse más bien, un auténtico informe, aunque fuere sucinto, de la documentación del recurso, sus fundamentos y antecedentes jurisprudenciales/doctrinales sobre otros similares, a elaborar por el Gabinete Técnico, para facilitar la decisión sobre la admisión y resolución consiguiente, del recurso.<sup>14</sup>

- Admisión. Este trámite, fundamental en los grandes Tribunales, deberá sufrir una profunda remodelación –respecto a la regulación existente- si se instaura un nuevo y auténtico recurso de unificación de doctrina.

Desde luego, pivotaría sobre la sala de admisión, creada por Acuerdo de la Sala de gobierno del TS de 9-3-1993, al amparo del Art.152 de la LOPJ, y debería implicar una simplificación de las actuales causas de inadmisión previstas en los arts.884 y 885 de la LECRIM.

Las nuevas causas de inadmisión, podrían establecerse en un único artículo, en la que se incluyeran los motivos de forma insubsanables –recurso extemporáneo- o contra resolución no susceptible de recurso, y aquellas de fondo, reconducibles, únicamente, a los casos del actual Art.885 2º, esto es, cuando el Tribunal Supremo haya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales .

En los casos de defectos formales, se daría un plazo para subsanar, conforme al superior criterio de la LOPJ, Art.243, y de la doctrina constitucional al respecto, evitando que se erijan en causas obstativas del conocimiento de los motivos de fondo del recurso.

Y en cuanto a la actual causa de inadmisión por “carencia manifiesta de fundamento” (Art.885 1º) habría que suprimirla. En efecto, además de lo antiestético que resulta afirmar, en más de una docena de folios, que es “manifiestamente” infundado lo que necesita una respuesta pormenorizada y en la que se emplea toda la artillería doctrinal y jurisprudencial posible, para inadmitir un recurso, se trata de un pronunciamiento de fondo que debe reservarse a la Sala de enjuiciamiento, no a la de admisión.

En cambio habría que regular, con cierto detalle, los requisitos de la interposición del recurso basado en la contradicción, apartamiento o inexistencia de doctrina jurisprudencial, mediante la aportación de las sentencias de contraste, debiendo incidir la principal causa de inadmisión en estos aspectos, admitiéndose el recurso en cuanto se vislumbre un mínimo de seriedad en el planteamiento, tanto porque se

14. Esta labor de apoyo, más ambiciosa y completa, es similar a la que se realiza en el Tribunal de Luxemburgo, y requiere de la conjunción de dos factores: un número razonable de asuntos y un número suficiente y competente de Letrados.

ha cumplimentado las exigencias formales como porque la pretensión deducida, a la vista del material presentado, no es infundado.

Es evidente que ha de existir una comprobación o examen previo del “fondo” del asunto, pero sin que exija una profundidad y exhaustividad en su estudio que remplace en vía de admisión lo que debe ser objeto de estimación o desestimación. El tema no es simple, y como tantas otras cosas, es cuestión de equilibrios. Únicamente se quiere destacar, el deslizamiento que se está produciendo por la vía del trámite de admisión, en el que al tratar de dar respuesta a las exigencias del Art.24 CE, se resuelve vía auto de inadmisión lo que, en muchas ocasiones, podría hacerse mediante sentencia desestimatoria. No sufren las garantías del justiciable, resuelve igualmente una Sala compuesta por Magistrados del Tribunal Supremo, pero con otra casación, podrían ser objeto de admisión menos asuntos –ciertamente- pero mejor arropados, por el mencionado Informe sugerido líneas arriba.

En cambio, podría preverse de modo expreso, la posibilidad de inadmisión parcial de los motivos de un recurso, dejando para el estudio de la Sala la resolución del resto. De ese modo podría desbrozarse el camino de la resolución del “fondo” de la casación, dejando pasar sólo, los motivos en los que se detecte un razonable fundamento para estudiar su estimación.

Con todo, debería ser únicamente una posibilidad, de la que hacer uso en los casos en que se compruebe que la inadmisión de algún o algunos motivos no entorpezca resolver sobre el fondo, cuestión que muchas veces, requiere una cuidadosa cirugía, pero que sin duda, en más de una ocasión puede resultar perfectamente justificada y útil para la Sala de casación.

-Vista. Actualmente, la celebración de una “vista pública” para el enjuiciamiento del recurso de casación, está limitada, conforme establece el Art.893 bis a) de la LECRIM, a estos cuatro casos: 1º) Que lo soliciten las partes en un supuesto en que la pena imponible sea superior a seis años, 2º) Que el Tribunal lo considere conveniente, 3º) Que las circunstancias concurrentes o la trascendencia del caso así lo aconsejen y 4º) Que se trate de delitos contra la seguridad del Estado, la Administración Pública y de Justicia, los cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, delitos contra la Constitución, orden público y contra la comunidad internacional.(hoy, tras el CP 1995, parece referirse a los Títulos XIX a XXIV, arts. 404 a 615, ambos inclusive; en todo caso, por razones de prudencia, habría que optar por la vista pública, en caso de duda).

Además, mientras en los dos primeros supuestos el Tribunal “podrá” acordarlo, en los otros dos es obligado aunque en el tercer caso hay también unas innegables dosis de discrecionalidad. El resultado es que la vista es un supuesto excepcional, que incluso la propuesta de reforma de la Sala Segunda, expuesta páginas arriba, considera debe quedar reservada a la consideración del Tribunal, en cada caso.

Se apoya esta interpretación en que la “vista pública” tiene un carácter distinto en el juicio oral que en un recurso, y máxime si se trata del de casación, ya que en éste, “el principio de oralidad no es esencial” pues, en definitiva, “el ámbito de la casación se ciñe a verificar la corrección o incorrección del Tribunal de instancia en la aplicación de las normas de derecho material y procesal, sin entrar en juego el principio de inmediatez”.<sup>15</sup>

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional sí que ha subrayado la importancia de este acto procesal en el recurso de casación. Y así, ha otorgado el amparo cuando se ha “privado a la parte indebidamente de la posibilidad de intervenir en el mismo a través de la defensa letrada” ya que con ello, “se ha conculcado el principio de contradicción y bilateralidad y se ha producido indefensión material, infringiéndose el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva” (STC 110/1994, de 11 de abril, que cita igualmente a la STC 72/1993).

Igualmente, ha considerado “una clara irregularidad procesal”, la celebración de la vista sin la presencia del Letrado que defendía los intereses del recurrente, -cuando la propia sentencia recurrida en amparo reconoce la justificación de la incomparecencia letrada-, la cual supone “una clara situación de indefensión” al impedir que el Letrado recurrente informara sobre los motivos del recurso, mejorando, ampliando o aclarando las argumentaciones contenidas en el recurso, y no permitiéndosele profundizar en los argumentos presentados en oposición al recurso por el Ministerio Fiscal (STC 184/1994, de 20 de junio).

En suma, para el supremo tribunal en materia de garantías constitucionales, el acto de la vista en el recurso que examinamos, “no (está concebido) como un mero trámite de exposición repetitiva del escrito de interposición del recurso de casación, sino como un acto de defensa oral de las alegaciones expuestas en dicho escrito frente a las contenidas, en su caso, en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, con posibilidad de debate contradictorio y rectificación de las diferentes posiciones” (STC 184/1994, de 20 de junio).<sup>16</sup>

15. ALVAREZ-CIENFUEGOS en op.cit. pág.394.

16. Las referencias, están extraídas de la selección realizada por RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo en “Diccionario de Jurisprudencia Procesal Penal”, Editorial Comares, 2001, pp.2549 y 2550, Tomo II.

Pues bien, entendemos que si se configura un recurso de casación realmente extraordinario y con caracteres de auténtica última oportunidad de revisión de lo resuelto en apelación, el número de asuntos que accederán a la casación será mucho menor que el actual, con lo que habría que sustituir las razones de oportunidad que llevan a los señalamientos sin vista—“remedio cómodo para la Sala y un mecanismo para aligerar la tramitación de los recursos”<sup>17</sup>— por una clara regulación que lleve a la regla contraria, su celebración en todo caso, salvo en supuestos excepcionales que no se estime necesario, lo cual habría que motivar debidamente, con posibilidad de que dicha resolución fuera recurrible—y desde luego, será causa de interposición del amparo constitucional.

Nos llevan a sostener esta postura, las siguientes razones:

\* La resolución de recursos sin vista, como la experiencia enseña, implica una oscuridad y restricción al conocimiento del resto de los integrantes de la Sala, que no se da si existe vista, la cual permite una mejor comprensión del alcance del recurso y facilita la deliberación, pues la colegialidad es la esencia de todo Tribunal y justifica la diferenciación órganos unipersonales—órganos pluripersonales<sup>18</sup>.

\* El mismo desarrollo de la actual vista —arts.896 y 897 LECRIM— permite una intervención efectiva de las partes, rectificar posiciones anteriores y el esclarecimiento de alguna concreta cuestión que el propio Tribunal plantee en el acto. Ello conduce a la idea de que —como ha establecido el TC— la vista del recurso de casación, en un proceso predominantemente oral, como el penal (Art.120.2 CE), no es una mera repetición de lo puesto por escrito en el trámite del recurso, sino auténtica oportunidad para ejercer el derecho de contradicción y publicidad de las actuaciones judiciales, elementos consustanciales de la tutela judicial efectiva (arts. 24.2 y 120.1 CE).

\* Hay, finalmente, una razón de utilidad ligada a las probabilidades de evitación de futuras reclamaciones. Si el recurso —una vez superada la fase de admisión— está arropado por el preceptivo informe previo del Gabinete Técnico y la vista permite a la Sala un completo y preciso conocimiento del alcance del recurso, concluyendo en una resolución que va a contar con una auténtica deliberación de sus componentes, es indudable que aumentarán las posibilidades de acierto, evitando aclaraciones, nulidades y amparos posteriores.

17. MARTINEZ ARRIETA en op.cit. pág.130.

18. Id.

Subscribimos, por último, la conveniencia de que sean cinco Magistrados, en todo caso, los que conozcan del recurso de casación, cifra que debe generalizarse sobre la de tres que actualmente es la ordinaria, al propiciarse con ello, la obtención de resoluciones revestidas de una mayor autoridad, y por ende, de una superior legitimidad, vocablo éste que también requiere una interpretación material-sustancial, y no sólo formalista.

- Sentencia. La actual regulación de la LECRIM sobre la sentencia del recurso de casación, se contiene en los arts. 899 a 906 y supone un tratamiento bastante completo de la cuestión.

Algunos de los aspectos de dicha normativa, son enteramente válidos para la nueva casación (posibilidad de reclamar los autos al tribunal o tribunales de instancia; prohibición de la “*reformatio in peius*”; imposibilidad de recurso contra la sentencia resolutoria de la casación; publicación de la sentencia...).

Sin embargo, el nuevo recurso supone una profunda modificación del actual, y ello se traducirá en la sentencia a dictar. En primer lugar porque al tratarse de un recurso basado en una infracción jurídica –sustancial o procesal- la tradicional diferenciación quebrantamiento de forma/infracción de ley, con sus correlativas consecuencias a la hora de dictar sentencia, desaparecerá en gran medida.

Y en segundo lugar, porque en el recurso basado en quiebra de la unidad del ordenamiento, lo más importante van a ser los efectos de una eventual sentencia que case la sentencia de los jueces “a quo”.

En efecto, como ya se reclamara en otra ocasión <sup>19</sup>, parece conveniente desterrar la técnica del “reenvío” e incluso la de dictar dos sentencias, y que sea el propio tribunal que conozca de la casación, quien dicte una única sentencia, cuyo contenido será desestimar el recurso o estimar la infracción cometida, con los pronunciamientos correspondientes en cada caso.

Esta solución es coherente con el contenido que se pretende dar al nuevo recurso, en el que el examen es jurídico –el de los hechos se tiene que haber realizado en el recurso de apelación- y la sentencia confirmará la corrección de la resolución recurrida o, en caso de casarla, contendrá un pronunciamiento a ejecutar por el tribunal de instancia.

19. MARTÍNEZ ARRIETA en op.cit. pág.7. se refiere al Discurso de apertura de tribunales de 1993, pronunciado por el entonces Presidente del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. Don Pascual Sala Sánchez, “La unificación de la doctrina fundamental del Tribunal Supremo”, y a la propuesta concreta de que se dicte una única sentencia “que contendrá los elementos necesarios para su remisión al tribunal de instancia”.



Cuestión distinta, es el concreto efecto o efectos, que deriven de la estimación del recurso, los cuales deberán ser determinados en la sentencia del Tribunal Supremo, conforme a la técnica de especificación que emplea usualmente, el Tribunal Constitucional, al otorgar un amparo.

En cuanto a la otra gran cuestión, los efectos del recurso, cuyo tratamiento viene siendo objeto de omisiones clamorosas a nivel legislativo<sup>20</sup>, debemos diferenciar dos planos: el de la interposición y el de la estimación del recurso.

Si el recurso de casación se considera bien preparado, se plantea si debe suspenderse o no la ejecución de la sentencia de instancia. Desde luego, si consideramos que el nuevo recurso de casación va a tener un carácter aún más extraordinario que el vigente, y que se ha dado oportunidad de revisar el caso –cuestiones de hecho y de derecho, a través del recurso de apelación- no parece equivocado, sostener que el recurso de casación no debe paralizar la ejecución de la sentencia.

A ello, se une otra razón, que refuerza dicha postura. Al ser un recurso eminentemente jurídico, cuyo objetivo es procurar la defensa de la ley a través de depurar su interpretación unificadora, los intereses concretos subyacentes en el caso, pasan a un segundo plano ante las consideraciones de orden superior indicadas.

Esa es, justamente, la solución que adopta el recurso de casación comunitario en la que sólo se examinan cuestiones de derecho (los motivos –se recuerda- se circunscriben a incompetencia, irregularidades de procedimiento y violación de derecho comunitario) y que, con carácter general, únicamente concede efecto devolutivo, no suspensivo, a la interposición del recurso, siguiendo la pauta francesa e italiana.

Finalmente, y en razón de lo expuesto, con la adopción del criterio del no efecto suspensivo del recurso, se frenaría en gran medida, la situación actual en la que el recurso de casación se ha convertido en un simple instrumento dilatorio de la ejecución, mediante el cual se plantean una gran mayoría de recursos sin ninguna viabilidad, y que acarrearán males tan evidentes como ralentizar la resolución de los procesos, retrasando la de los asuntos de verdadera entidad jurídica, al tiempo que se producen efectos indeseados colaterales –la ejecución de sentencias privativas de libertad, mucho después de la comisión de los hechos, cuando el condenado está plenamente reinsertado-.

20. La última oportunidad perdida, como hemos visto, se ha producido en la regulación del recurso de casación contenido en la LORPM.

Con todo, pudiera pensarse, tal como sucede con el propio recurso comunitario o con el de amparo ante el Tribunal Constitucional que se posibilitara al Tribunal Supremo para declarar la admisión de la suspensión de la sentencia condenatoria, si las circunstancias así lo aconsejaren –Art.185 del Tratado- o se siguiera un perjuicio que hiciera perder al amparo, su utilidad –Art.56 LOTC-.

Pero hay dos cuestiones más, ligadas al efecto de la sentencia que estima la casación. Los posibles efectos para el recurrente y respecto a terceros no litigantes, que se encuentren en idéntica situación a la resuelta en el caso.

Sobre la primera cuestión, hay que decir que una interpretación formalista, acorde con el significado del recurso de unificación de ley, abogaría una solución negativa, no afectaría al recurrente sino que se trataría de acoger la doctrina establecida en la sentencia.

Sin embargo una solución semejante, no es acorde con el espíritu de la norma penal. En efecto, se ha defendido –respecto a la nueva ley penal del menor- que no haya que esperar a una segunda sentencia para atribuir efecto vinculante para futuros casos, a la doctrina establecida en una sentencia estimatoria del recurso de casación por unificación de doctrina.<sup>21</sup>

Por otra parte, ya hemos sostenido que al (menor) interesado en el recurso de casación penal por unificación de doctrina, le vincule la decisión del Tribunal Supremo que le suponga una interpretación beneficiosa en su caso –inaplicación de precepto penal sustantivo, vulneración de garantía procesal, sustitución de la autoría por complicidad, disminución de pena o absolución inclusive.

Otra solución repugnaría al espíritu del derecho penal, que no puede transitar por territorios formalistas, de espaldas a los derechos del justiciable, e incluso, de las víctimas que pudieran, eventualmente, verse favorecidas por una sentencia en la que se da una solución más favorable a sus intereses que la sostenida en la sentencia origen del recurso.

En cuanto al efecto extensivo a los posibles coprocesados no recurrentes, el actual artículo 903 LECRIM que afirma que la nueva sentencia les aprovechará en lo favorable “siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia”, no merece reproche alguno, y lo consideramos válido y perfectamente adaptable

21. DOLZ LAGO, Manuel Jesús en “La nueva responsabilidad penal del menor” pp.232-233, Editorial Tirant lo blanch, Valencia 2000.

a la nueva casación.

De este modo, se resolverán dos cuestiones de gran importancia: los intereses del caso, y los derivados de futuras resoluciones que puedan dictarse, que podrían aplicar la nueva doctrina sin esperar que hubiera dos sentencias iguales. Con la primera medida, se compensaría, la posible ejecución iniciada que quedara desautorizada por la sentencia de casación. Y con la segunda solución, se delimitaría los efectos a futuros casos, pero no a los definitivamente resueltos, pudiendo, no obstante, contemplarse la revisión de los que se encontraran en ejecución, al modo previsto en las Disposiciones transitorias tercera a sexta del actual Código Penal, para la revisión de las sentencias favorablemente afectadas por la regulación del CP de 1995.

Esta última posibilidad, ciertamente, es más propia de la doctrina de la retroactividad de las normas favorables, Art.9.3 CE y 2.2 CP por eso, entenderíamos que no fuera de aplicación al “cambio de jurisprudencia”. Pero no siempre será esa la situación, pues con la nueva casación accederían al Tribunal Supremo materias que actualmente no cuentan con jurisprudencia en su pristino sentido, es decir, sobre las que exista un cuerpo doctrinal emanado de nuestro más alto Tribunal, por lo que podría defenderse la postura expuesta que tendría un efecto irradiante inmediato a situaciones que llevaran largo tiempo sometidas a interpretaciones, que posteriormente se consideraran erróneas.

C  
O  
U  
S  
E  
L  
O  
N  
B  
C  
L  
O  
U  
B  
L  
P  
E  
L  
B  
L  
P  
L  
C  
B  
F  
U  
L  
B

El recurso de casación penal.

a  
r  
u  
r  
a  
c  
i  
d  
u  
j  
a  
l  
e  
d  
l  
a  
n  
o  
c  
i  
o  
N  
e  
j  
s  
e  
o  
C

### 3. UNA PROPUESTA ORGANIZATIVA: LOS GABINETES TÉCNICOS.

#### Introducción.

La necesidad de la mejora permanente de las estructuras organizativas de la Administración de Justicia, nos lleva a plantear una cuestión que sin duda contribuirá, a redondear la configuración de la segunda instancia penal, cuya generalización se aborda en la reforma de la LOPJ, aprobada por LO 19/2003, de 23 de diciembre.

En efecto, la creación de la Sala de Apelación en la Audiencia Nacional (Art.64.1) y la ampliación de competencias de la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ (Art.73), significa cumplir con las consecuencias del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20-7-2000, completando la segunda instancia penal en sus niveles básicos –quedando ya, fuera de esa posibilidad, únicamente las sentencias dictadas en los procesos contra aforados competencia del TS— y contribuyendo sin duda, a una mejora del sistema jurisdiccional penal.

Se espera conseguir , de este modo, una más rápida revisión de las sentencias de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional, así como dejar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el conocimiento de la nueva casación, en la que debe residenciarse –en nuestra opinión-, la unificación de doctrina de las resoluciones de los Tribunales inferiores en los que se detecten contradicciones con la doctrina jurisprudencial existente y la resolución de los recursos contra sentencias en que se aprecie “interés casacional”.

Esta reorganización competencial, que alumbrará nuevos órganos –la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional- y posibilita el desdoblamiento de la actual Sala de lo Civil-Penal de los TSJ en Salas de lo Civil y de lo Penal, con competencia exclusiva, esta última, en materia penal, e incluso, dentro de éstas, la aparición de Secciones allí donde el volumen de asuntos lo haga necesario, debe, en nuestra opinión, complementarse con la creación de unos Gabinetes de apoyo, que al modo de los que existen en otros grandes Tribunales –nacionales e internacionales-, ayuden a gestionar la ingente cantidad de trabajo prevista con la seguridad, calidad y rapidez que una jurisdicción tan sensible, como la penal, demanda sin lugar a dudas.

Con ese puntual propósito, se escriben estas líneas, en las que queremos hacer una llamada de atención, sobre una cuestión prácticamente

olvidada –sino despreciada-: el abandono que de ordinario, han suscitado las cuestiones organizativas en el mundo de la Justicia, una de las razones, según creemos, de los males que tradicionalmente la aquejan.

Por eso, ahora que parece caerse en la cuenta de que no bastan leyes modernas ni siquiera nuevos medios técnicos o el incremento de las plantillas, para afrontar el reto de contar con una Justicia del Siglo XXI a la altura de los nuevos tiempos, sino que es preciso un tratamiento global con respaldo político y económico generalizado, es el momento, igualmente, de desarrollar la preocupación por la organización administrativa complementaria que necesita una Justicia moderna y que se ha iniciado con la creación de oficinas de atención al público, gabinetes de prensa...

Es llegada, pues, la hora, de modernizar el funcionamiento de los órganos judiciales, añadiendo a la nueva concepción de la oficina judicial, el refuerzo técnico de los grandes Tribunales, para permitir a éstos, disponer de una estructura más apropiada para atender mejor, esto es, de modo más rápido y eficiente, la tarea jurisdiccional y las demás misiones (información, relaciones con otras autoridades y organismos...), que la sociedad actual les demanda.

Contando el TC y el TS con dichos órganos de apoyo, la propuesta que planteamos, propia de un Estado autonómico como el que diseña la CE de 1978, consiste en extender dichos gabinetes a los TSJ de las Comunidades Autónomas, robusteciendo sus nuevas competencias, en particular, respecto a las Salas de lo Penal, que son en las que más se va a notar el cambio.

## A. LOS ORGANOS “STAFF”

Se ha dicho que la esencia del fenómeno administrativo, es la revisión permanente de sus estructuras y que “la historia de la Administración es por ello, la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales”.

Por eso, “sólo aquellas organizaciones que saben transformarse, que saben adaptarse al cambio del medio social en el que están y del cual se nutren, pueden aspirar a una relativa permanencia”, pues “la innovación organizativa, la revisión constante de estructuras (es) la única garantía de una cierta y relativa continuidad, el único medio de vencer...el más grave de los fenómenos patológicos de las organizaciones humanas, la angustia institucional”.<sup>1</sup>

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en “La organización administrativa y sus agentes. Revisión de Estructuras”. “Liber Amicorum”, Homenaje a Manuel Alonso Olea, pp.126-127. Thomson Aranzadi, 2003.

Esa realidad, incentivada por el “proceso siempre inacabado” de búsqueda de “una Administración capaz de asumir las funciones y responsabilidades que la sociedad demanda” en cada momento, genera un “clima de reajuste permanente”, que en absoluto es perturbador, sino elemento de la normalidad, de este inestable estado de cosas, por definición.<sup>2</sup>

Además, esta inquietud, dirigida –entre otros objetivos- a la eficacia pública, la obtención de la calidad en la prestación de los servicios públicos, la descentralización administrativa, la mayor participación ciudadana y a la medición del rendimiento en el sector público, pretende alumbrar una Administración postburocrática lejana del estereotipo de una Administración “burocrática, lenta, complicada, opaca, ineficaz, autoritaria, desmotivada, alejada del ciudadano, desorganizada y despilfarradora”.<sup>2</sup>

Y ello no sólo por preocupaciones internas de reforma ante la crisis de los modelos organizativos clásicos, sino por la conciencia cada vez mayor, de que las Administraciones representan, y lo harán cada vez más, en nuestra época, “una de las fuentes del diferencial competitivo entre las naciones”<sup>2</sup>, siempre que sirvan con objetividad los intereses generales, gestionen con racionalidad los presupuestos públicos y estén en condiciones de exportar el caudal de conocimientos y experiencias, del que se pueden beneficiar otros Estados.

Un Sector Público “de resultados”, consustancial a un Estado social y democrático de derecho, que produce políticas y bienes de servicios públicos en cantidad y calidad, desde la plataforma de defensa y aseguramiento de la libertad y los derechos ciudadanos, requiere que sus Poderes e instituciones, es decir, sus estructuras organizativas, sean capaces de adaptarse a las necesidades de eficacia y racionalización, que sus tareas competenciales, les demanden en cada momento.

Sin esta visión, no basta la mejora de las leyes, plantillas o medios materiales, sino que es necesario se vaya abriendo camino, la consideración de que “lo público” no es un territorio exclusivo de políticos y funcionarios sino una realidad imbricada en la sociedad, que gestiona la mitad de la riqueza nacional y cuyo adecuado funcionamiento, es imprescindible para conseguir una mayor competitividad, progreso y ejercicio de los derechos ciudadanos.

a) La relativización de la organización administrativa. Llegar a los planteamientos actuales, ha costado mucho tiempo y muchas

2. Id.

3. Id.

4. Id.

experiencias, en las que se han levantado y derribado, numerosas construcciones teóricas en las que se basaban las estructuras organizativas de cada momento.

El primer modelo a destacar, es el de “colegialidad de los ancianos”, que como Max WEBER dijera, era la regla en Roma, hasta en los órganos ejecutivos.

La idea permaneció largamente, pues se erigían esos “colegios”, en depositarios e intérpretes del “*alte und gute Recht*” (conjunto de normas, tradiciones y costumbres jurídicas de una comunidad) y se neutralizaban, así, las iniciativas políticas de personas singulares, por los riesgos de autocracia y desvinculación de las ideas y creencias generales asentadas, que podían suponer.

Por su parte, y con independencia de otros factores –el religioso, por ejemplo, tan íntimamente unido a las estructuras más antiguas-, la Administración del Antiguo Régimen, edificada ya sobre el Monarca absoluto, surgido de las guerras medievales entre señores feudales, fue diferenciando una serie de consejos con confusión de funciones en su seno, que formaban lo que los administrativistas denominaron “sinodiarquía”, y que proponían decisiones al Monarca.

Ese régimen estático, cerrado, estamentalizado, hereditario e ineficiente, que suponía un conjunto de consejos dispersos, sin apoyo común y que padecía toda clase de disfunciones, fue combatido pronto con la técnica comisarial –los Intendentes en Francia y los Corregidores en España-, consiguiendo de este modo el Rey imponer su voluntad sobre territorios y grupos de poder.

La posterior evolución histórica, desde los “secretarios de despacho” del rey, a los departamentos ministeriales, con distribución más clara de funciones, se vio acompañada de otros fenómenos: la separación de la función deliberante de la ejecutiva y la progresiva objetivación de los empleos públicos, desligándolos del régimen de patrimonialización anterior.

En ese sentido, la revolución francesa, propició la aplicación de las ideas de Sieyès : “*délibérer est le fait de plusieurs; administrer est le fait d’un seul*” y la sustitución de la “*voluntas princeps*” por la ley, con su carácter objetivo, la progresiva introducción de la igualdad, la desaparición de la estamentalización de los oficios y otros fenómenos, como la consagración administrativa de los Intendentes (los Prefectos, los Gobernadores civiles), la codificación napoleónica y la centralización posterior.



En definitiva, se pasa del *consilium* a órganos ejecutivos singularizados; de la arbitrariedad del Monarca a la objetividad de la ley; de los estamentos burocráticos y hereditarios a un conjunto de funcionarios nombrados en base a su preparación; y de un cúmulo de actividades públicas dispersas y coincidentes, a un reparto de funciones mucho más claro, dentro de la más general división del poder.

En ese tejer y destejer de sistemas organizativos principales o generales, presupuesto de las organizaciones secundarias, se van abriendo camino nuevas ideas: la consideración de la insuficiencia del exclusivo tratamiento jurídico de estas cuestiones; la necesidad de diferenciar las distintas funciones administrativas y que la organización es una cuestión técnica, en la que los hombres son clave: (“*men not measures*”), ya que en nuestra época el conocimiento es tan disperso que resulta imprescindible adquirirlo y tenerlo disponible para su utilización inmediata, ante cualesquiera coyunturas. Y que todo eso, requiere contar con personas preparadas, en suficiente número y diversidad de formación y experiencias, que conozcan las respuestas o estén en condiciones de encontrarlas de modo rápido y eficaz.

b) El modelo “*staff and line*”. El mundo anglosajón puso en circulación en la década de los 50 una serie de teorías que han ido configurando la denominada “Ciencia de la Administración”, un enfoque no jurídico, del fenómeno administrativo, especialmente dirigido al tratamiento de la reforma de las estructuras de las Administraciones.<sup>5</sup>

Se trata de destacar que “*Organization is a technical problem*” (URWICK) y que el fenómeno administrativo es, a la vez, una cuestión de organización y de personas, además de un tema jurídico, que no es lo único y que corre el riesgo de ofrecer una visión formalista e ineficiente de una realidad social, como lo son todas las manifestaciones de las Ciencias sociales.

Los aspectos psicológicos y sociológicos de las estructuras de la Administración, las técnicas de actuación administrativa, las distintas misiones de aquella, la articulación de sus órganos y , en su última etapa, la necesidad de combinar, en sinergia creativa, planificación y ejecución, asesoramiento y decisión, potenciando la idea del liderazgo, asentada en un “estado mayor” (*staff and line*) que está en la retaguardia, ayudando a la preparación de la decisión, son algunas de las ideas que la Ciencia de la Administración, ha ido aportando, en estos últimos tiempos.

En particular, se ha enfatizado en que la “decisión” es un fenómeno complejo, que ha de tener en cuenta, diversos aspectos:

26. En este campo destacan las obras, como pioneros, de MERTON, MARCH y SIMON, BENNIS, TAYLOR, MOONEY, GOULDNER, Y SELZNICK.

información, preparación, previsión y ejecución. Pues supone transformar el planteamiento de un problema en una resolución adecuada, a partir de la información de que se disponga, tras el estudio correspondiente, apoyado en las estructuras administrativas existentes, previendo, igualmente, las consecuencias de dicha decisión, en el futuro.

Ello conduce a una evidencia, “la decisión es el resultado de un proceso complejo en el que intervienen numerosos agentes”<sup>27</sup> los cuales han de reunir una doble característica: preparación e imparcialidad.

Ese conocimiento o preparación junto a la objetividad, se alcanzan en notas de los miembros del “*staff*”, que en una estructura ágil, contribuyen a la toma de decisiones fundadas, rápidas y desprovistas, en lo posible, de formalidades y trámites engorrosos y formalistas.

Los miembros de esos “grupos técnicos” de asesoramiento y documentación, van a centralizar todo el conjunto de problemas jurídicos que se presenten, seleccionando los asuntos más novedosos o difíciles, para la decisión, los cuales se diferenciarán de los repetitivos. En una segunda fase, van a apoyar la toma de la decisión en los primeros, proporcionando la información que se les solicite: doctrina, jurisprudencia, precedentes o propuesta de soluciones a aspectos concretos. Y, del mismo modo, van a proponer la inadmisión o resolución, con base a criterios ya establecidos, de los asuntos sobre los que exista un cuerpo de doctrina claro y concluyente.

De este modo, se descarga a los órganos decisores, de un cúmulo de asuntos, en los que se trata de “despachar papel”, pero no de cualquier modo, sino con unos estándares de uniformidad en la respuesta, calidad y presteza, que ayudan a concluir procesos, que se venían dilatando, sin fundamento serio, muchas veces.

Y al tiempo, se ayuda en la resolución de las cuestiones que conforman auténtica jurisprudencia, desbrozando las cuestiones procesales de las que depende poder entrar en el fondo, y se proporciona apoyo doctrinal y jurisprudencial, e incluso, propuestas resolutivas, sobre cuestiones puntuales (estudio de una prueba documental voluminosa, exposición comentada de distintas líneas interpretativas sobre un aspecto jurídico determinado, etc.).

Estos “órganos *staff*”, cumplen una misión general, de gran importancia, son depositarios y gestores, de las bases de datos de la organización, integran documentalistas, manejan los precedentes y acuerdos de la organización, y pueden así, aportar la nota de

27. DEBBASCH, Charles “Ciencia Administrativa”, pág.81, INAP, 2ª Edición, 1981

“racionalidad” de toda decisión, que depende, sustancialmente, de la cantidad y calidad de las informaciones puestas a disposición de los que deciden.

No hay suplantación de la voluntad decisoria ni influencias excesivas ya que el plan de distribución competencial está predeterminado y la preparación de los miembros de estos órganos “*staff*”, aseguran el ejercicio de su misiones en el seno de parámetros de neutralidad o “eficacia indiferente”<sup>28</sup>, acordes con las exigencias de imparcialidad, servicio a los intereses generales y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (Art.103.1 CE).

En definitiva, los órganos de “*staff*”, están, para lograr más decisiones, de más calidad y con el menor coste posible. Sirven al interés general, proporcionando seguridad jurídica al detectar posibles contradicciones de los órganos decisores, propiciando unidad de doctrina decisional y coadyuvando a facilitar la obtención de un cuerpo doctrinal, de mayor nivel científico y actualización.

## **B. ORGANOS DE APOYO DE LOS GRANDES TRIBUNALES**

Las anteriores consideraciones, propias del ámbito administrativo general, son aplicables, sin ningún género de dudas a la Administración de Justicia, y en consecuencia, a la “decisión jurisdiccional”.

Sucede que esta posibilidad no se ha considerado, como merece, en una Administración que ha venido siendo considerada “la cenicienta”, por la tradicional escasez de medios y la obsolescencia rayano en lo esperpéntico, de su organización.

Pero sin duda, la reforma de la Oficina Judicial, la implantación en su seno de las nuevas tecnologías y la preocupación por la comunicación con los justiciables, abre nuevas expectativas para conseguir una Justicia más prestigiada, si es capaz de ofrecer mejores resultados.

En esa línea, queremos insistir en la importancia y utilidad de la “función consultiva” en la Administración de Justicia, la cual consideramos debe reducirse a las grandes unidades territoriales, pues la estimamos necesaria, exclusivamente, para la toma de las grandes decisiones de los órganos superiores, cuya colegialidad y trascendencia, la justifican.

28. La expresión la utilizaba frecuentemente, GARRIDO FALLA, Fernando. Así en sus “Comentarios la CE de 1978”, Ed. Civitas, 1980, pág.1030.

No se trata, por tanto, de generalizar este sistema de apoyo, a órganos individuales y ni siquiera a las Audiencias Provinciales, quienes con la dotación de bases de datos y fondos bibliográficos actualizados, deben cumplir suficientemente bien, el escalón básico de la Justicia.

a) La utilidad de la “función consultiva” en la AJ. Nadie relacionado con el mundo de la Justicia, desconoce lo que en otros tiempos, constituía el objeto del derecho: *divinarum atque humanarum rerum notitiae*, que atribuía el monopolio de ese conocimiento, a los juristas, a quienes se consideraba capaces de abordar la problemática social que se sometía a su consideración.

Pero nadie puede discutir, que hoy en día, resulta imposible –ni siquiera para los “expertos” o “especialistas”- poder transitar, con un mínimo de seguridad y solvencia, por los territorios sectorializados del derecho (cuyas jurisdicciones se subdividen en subjurisdicciones, las cuales se integran, a su vez, por una rama o subrama jurídica, completada por un cúmulo de saberes extrajurídicos procedentes de otras disciplinas. Así, el derecho penal de menores, constituye una subjurisdicción de la Jurisdicción Penal, integrada por el derecho procesal y penal de menores, para cuyo buen desenvolvimiento es necesario, además de conocer las bases generales de dicha jurisdicción: derecho constitucional, procesal y penal; tener conocimientos del derecho convencional en la materia, de derecho penitenciario, criminología, sociología, psicología...)

Ante esa realidad, en la que el “saber jurídico” no lo alcanzan, sino a duras penas, juristas de formación clásica, el Estado se ha visto en la necesidad de configurar sus estructuras organizativas, teniendo en cuenta la necesidad de contar con órganos técnicos de asesoramiento, para la mejor resolución de tan ingente como novedosas cuestiones.

Se ha ido así, conformando –como hemos visto- una “Administración consultiva”, encargada de servir la misión de asesoramiento, a fin de que los órganos ejecutivos puedan tomar la mejor resolución posible.

Esa administración está presente en el Poder Ejecutivo –Consejo de Estado, Servicio Jurídico del Estado, Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas, Cuerpos de Letrados de éstas y Secretarios de las Corporaciones Locales- y en el Legislativo –Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales-.

Sin embargo, sólo muy tardíamente empieza a trasvasarse el modelo, al Poder Judicial, y ello se ha hecho, de modo tímido y

circunscrito a su cúpula (Tribunal Supremo), o a órganos constitucionales que no son propiamente Poder Judicial, pero que tienen asignadas funciones de la máxima importancia (el Tribunal Constitucional y el Ministerio Fiscal).

El proceso de implantación de estos órganos de apoyo, se ha realizado paulatinamente, y sus resultados, ha llevado al crecimiento del número de sus integrantes y a que se les demande nuevas prestaciones.

De este modo, los grandes Tribunales disponen de dos niveles de apoyo, en su retaguardia: un banco de datos siempre dispuesto; y una ayuda, vía propuesta, en el tratamiento de la admisión de los recursos a las decisiones de la instancia.

Así, se puede gobernar la masa de recursos que se dirigen al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional —en este último, como se sabe, más del 90 por 100 de los recursos de amparo, se inadmiten— y puede, además, brindarse un apoyo doctrinal, vía dossieres documentales, informes o notas breves.

La necesidad de disponer de una información legislativa completa y actualizada; de las últimas sentencias de los Tribunales europeos o del Comité de Derechos Humanos de las NNUU; de un tratamiento de la doctrina constitucional que va creando el Tribunal Constitucional; de las últimas aportaciones doctrinales, tanto en libros como en artículos de revistas...se ha convertido en algo fundamental, para los órganos que tienen atribuidas las máximas competencias en materia de resolución de recursos y de unificación de doctrina.

Por otro lado, la globalización y la democratización generan un cúmulo de información transnacional y, al tiempo, una incesante demanda de tutela judicial, que retroalimenta la mayor facilidad en el acceso a la información por parte de los justiciables y la creciente cifra de respuestas de los órganos judiciales.

Nos hemos convertido, así, en una Administración a la que se dirige toda clase de planteamientos, insólitos a veces, archiresueltos pero con un matiz novedoso, otras, y que —como las cerezas— encadenan recursos y recursos, sobre cuestiones de nulidad, de prueba, de ejecución... y de derecho constitucional-procesal, respecto al cual, el Art.24 CE, junto al Art.120 proporciona un inagotable fondo de recurribilidad.

b) Con vistas, pues, a gestionar toda esta problemática, funcionan ya, algunos Gabinetes Técnicos u órganos de apoyo en diversos Tribunales, tanto fuera como dentro de España, de los cuales, como simple botón de muestra, examinaremos algunos de ellos.

1. El Tribunal de la Unión Europea. Además de la Secretaría del Tribunal, responsable del Registro y la tramitación de los asuntos sometidos a la Corte, existen diversos Servicios, imprescindibles para el correcto funcionamiento de tan importante institución comunitaria.

Dichos servicios son los siguientes: interpretación de debates y vistas, prensa e información, biblioteca, traducción documental, administración, informática y nuevas tecnologías e investigación y documentación.

Este último, es decir, el “Servicio de Investigación y Documentación”, es clave para el ejercicio jurisdiccional, tanto del Tribunal de Justicia como del de Primera Instancia, al ser el órgano encargado de estudiar las cuestiones, doctrinales, jurisprudenciales y procesales que le plantean dichos Tribunales.

Así, realiza un breve examen previo de todas las cuestiones prejudiciales planteadas ante los Tribunales comunitarios, al objeto de identificar –desde el estadio inicial del procedimiento- los eventuales problemas de admisibilidad que presenten.

Por otro lado, realiza investigaciones sobre Derecho comunitario, Derecho nacional de los Estados miembros e incluso de terceros Estados desde una perspectiva de Derecho comparado, que el Tribunal le requiera, al objeto de resolver las cuestiones que se planteen.

Finalmente, se encarga de elaborar un “Repertorio de jurisprudencia comunitaria”, un “Índice alfabético de conceptos” sobre las cuestiones abordadas en las resoluciones de los dos Tribunales comunitarios y en las Conclusiones de los Abogados generales y unas “Notas de doctrina sobre la jurisprudencia”, en las que se recogen las observaciones doctrinales relativas a la jurisprudencia elaborada por los tribunales comunitarios.

Y en cuanto a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los estados miembros, en el ámbito del derecho comunitario, realiza una recopilación de la misma, con un breve análisis de ella, la cual introduce en una base de datos interna.

El Servicio trabaja con la técnica de lo que podríamos denominar el “Informe integral”, que acompaña a los asuntos, y en el cual se examinan las cuestiones más importantes objeto de resolución, se incluye la doctrina, jurisprudencia y antecedentes del caso, y se proponen soluciones.

En resumen, como se puede observar, este auténtico “Gabinete de Estudios” de los Tribunales de Luxemburgo, realiza las dos funciones

que identifican a estos órganos de apoyo técnico a la decisión jurisdiccional: estudio y propuesta sobre cuestiones procesales y de admisibilidad de los asuntos, incluido el examen de la doctrina y jurisprudencia relativa a la cuestión de fondo, que se les pueda demandar; y, de otro lado, recopilación, tratamiento y publicación de la información propia sobre doctrina y jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, e incluso, de órganos jurisdiccionales de Estados miembros.

El servicio, está compuesto de veinticinco juristas con experiencia nacional, buena formación comunitaria y conocimientos de al menos dos lenguas comunitarias.

2. La Corte de casación francesa. El supremo tribunal de Francia, cuenta con un “Servicio de Documentación y Estudios” cuyo director es un consejero de la Corte –un Magistrado del TS, respecto a España- y que se estructura en los siguientes departamentos: un observatorio de derecho europeo; una célula encargada de la informática documental y otra que se ocupa del seguimiento de los recursos, dividida por Salas (civil, comercial, social y criminal).

El “Servicio”, desarrolla igualmente una interesante y útil labor en materia de publicaciones, ya que edita un boletín mensual criminal, otro civil y un boletín informativo de actividades de la Corte casacional.

Es reseñable que en la organización del servicio de apoyo al Tribunal, participan, como responsables de las distintas unidades indicadas, diversas categorías de personal judicial: el jefe del servicio, como dijimos, tiene consideración de “Consejero”, existiendo un director adjunto que es “consejero refrendario”, la misma categoría que ostenta el encargado de la célula de informática documental; los encargados del seguimiento de los recursos y del observatorio de derecho europeo, son “auditores”, la categoría inicial de la judicatura, en tanto, por último, que los responsables de los boletines mencionados, son secretarios jefes (“*greffiers en chef*”).

Se trata, por tanto, de una oficina de cierto tamaño, bien estructurada y que sin duda, realiza una relevante labor de apoyo a la Corte y de información jurídica cara al exterior.

3. Los Tribunales constitucional y supremo de Alemania. En el primero de ellos, un grupo de “colaboradores científicos” o letrados, asisten en número de dos a cada Magistrado, excepto al Presidente y Vicepresidente, que cuentan con uno, cada uno, si bien las dos principales autoridades de dicho Tribunal, disponen igualmente de un funcionario de la máxima categoría administrativa, que son el secretario y vicesecretario general, que controlan la marcha de los procedimientos

en trámite.

La mayoría de los letrados del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), proceden de la carrera judicial, pues sólo un tercio son funcionarios públicos y entre éstos, se cuenta una amplia proporción de profesores universitarios.<sup>29</sup>

La duración de su paso por el BVG no es muy larga, pero regresan a sus respectivas carreras, con una experiencia muy positiva que les sirve para progresar en las mismas.

En cuanto a su función, además de otras de orden menor, se centra en el trámite de admisión, ya que aproximadamente el 95 por 100 de los asuntos que llegan al Tribunal, son declarados inadmisibles.

En cuanto al Tribunal Supremo, (*Bundesgerichtshof*), o BGH, dispone también de letrados, que son colaboradores judiciales procedentes de las profesiones de Juez o Fiscal de los Länder o Abogado del Estado, principalmente, y que retornan a su destino anterior, una vez pasado el periodo de servicio encomendado.

4. El ejemplo del Reino Unido. Inexistente como se sabe, hasta ahora, un auténtico Tribunal Supremo del Reino Unido, que residencia en la Cámara de los Lores, la última palabra jurisdiccional, en coexistencia con Cortes independientes para Gales y Escocia, se encuentra en periodo de consultas, un Proyecto, datado en Julio 2003, para configurar un verdadero “*Supreme Court for the United Kingdom*”.<sup>30</sup>

Pues bien, ese nuevo tribunal que quiere acabar con la anomalía de que la más alta corte de apelación esté situada, actualmente, dentro de una de las Cámaras del Parlamento, proyecta trasladarse a un lugar separado de la Cámara de los Lores, para disponer no sólo de mayor independencia, sino de más espacio para realizar su importantísima misión.

EL reforzamiento de la unificación de doctrina, irá acompañada de la estructuración de un auténtico Tribunal Supremo, con las siguientes características relativas a su composición: estaría formado por 12 Jueces, los actuales “Lores judiciales”; se amplía la edad de retiro de los actuales 70-72 años, a 75, permitiéndose a los jueces “*being able to sit*” (capacitados para ello), a permanecer hasta los 80; y se les dotará de un grupo de 6 u 8 letrados, para hacer más eficaz la función de los Jueces.

5. El Tribunal Constitucional español. Desde sus inicios, y en progresión creciente, el Tribunal Constitucional ha ido desarrollando

29. NICOLAS MUÑIZ, Jaime en “*El auténtico Derecho Constitucional...*”, REDC, núm.15, septiembre-diciembre1985.  
30. Department for Constitutional Affairs ([www.dca.gov.uk/consult/supremecourt](http://www.dca.gov.uk/consult/supremecourt)).9]



una estructura de apoyo técnico, al ejercicio de sus funciones de órgano superior en materia de garantías constitucionales.

De ese modo, actualmente cuenta con un Servicio de estudios, biblioteca y documentación de reconocida calidad y otro de doctrina constitucional e informática.

Además, está asistido por Letrados de carrera y de adscripción temporal, que desempeñan funciones de estudio, informe y asesoramiento, en relación con los recursos y cuestiones de competencia del Tribunal.

El cuerpo de letrados, ha contribuido de forma indudable, al prestigio de la institución, y ha consolidado una estructura dual de Letrados generales o “*de pool*” y letrados personales, integrado por Fiscales, Magistrados, Catedráticos y profesores universitarios.

A ello se ha llegado, atendiendo las quejas sobre su insuficiente número y deficiente organización, expresadas hace unos años, reclamando una Oficina con letrados “de alta cualificación técnica” y cuyas funciones serían la elaboración de informes generales sobre problemas constitucionales, asistir a los Magistrados en sus resoluciones, evitando resoluciones contradictorias y contribuyendo en suma a “un permanente perfeccionamiento de la organización y funcionamiento del Tribunal”.<sup>31</sup>

La necesidad de atender al notable volumen de recursos de amparo, casi todos inadmitidos, después de un estudio individualizado y fáctico de sus vicisitudes y las cuestiones esgrimidas, ha llevado a un tratamiento “previo” de estudio y propuesta, que ayude a despejar el camino al Tribunal para abordar cuestiones de mayor trascendencia (cuestiones competenciales, recursos de inconstitucionalidad...), además de asistir a los Magistrados en sus Ponencias, las cuales –como sucede en el Tribunal Supremo– son enteramente superiores a lo que sería razonable, para proporcionar una Justicia del nivel de calidad exigible a tan importantes órganos constitucionales.

6. El Tribunal Supremo. Creado por RD 489/1985, de 2 de abril, el Art.163 de la LOPJ, prevé un “Gabinete Técnico de Información y Documentación”, con funciones de “documentación técnica y asistencia a los Magistrados” del Tribunal Supremo (Art.23.4 de la Ley Orgánica de Demarcación y Planta Judicial, LO 38/1988, de 28 de diciembre).

Este órgano, resumida y más acertadamente, conocido como “Gabinete Técnico”, a secas, desempeña funciones muy variadas: desde su Jefatura, se realiza la asistencia y asesoramiento al Presidente del Tribunal Supremo, organización de actos protocolarios, eventos

31. AROZAMENA SIERRA, Jerónimo “Organización del Tribunal Constitucional” en “La Jurisdicción Constitucional en España”, CEC, Madrid, 1995 pp.56 a 61.

nacionales e internacionales en los que intervenga el Tribunal Supremo y coordinación de los servicios comunes del Tribunal: biblioteca, archivo, documentación, información, prensa, informática y reprografía.

Y desde el estricto plano jurisdiccional y de apoyo a las distintas Salas del Tribunal, se ejerce una doble función: el trámite de inadmisión, con propuesta a las respectivas Salas de Admisión (en la Sala Penal, supone entre un 60 y 70 por ciento de los recursos de casación) y labores técnicas de apoyo y estudio doctrinal y jurisprudencial, sobre asuntos o cuestiones jurídicas concretas, planteadas por los Magistrados a través del Presidente de la Sala.

A ello se suman otras labores complementarias: emisión de Informes para las reuniones de los plenos no jurisdiccionales de las Salas; confección de dosieres sobre reformas legislativas; elaboración de publicaciones del Tribunal (las sucintas “Crónicas de la Jurisprudencia”, incluidas junto al Discurso de Apertura del Año Judicial, del Presidente del TS; los “Cuadernos de Jurisprudencia”, un resumen, en dos enjundiosos volúmenes de los puntos más novedosos de la doctrina jurisprudencial del año en las diferentes Salas), seguimiento y mantenimiento de la BD de Jurisprudencia y de la página web del Tribunal, envío de los Acuerdos no jurisdiccionales de las Salas, al Centro de Documentación Judicial, y atención a las solicitudes de información y consultas realizadas por instituciones, Tribunales y particulares.

De este modo, el Gabinete Técnico, integrado por un Magistrado-Jefe, Magistrados coordinadores de las distintas Salas —excepto la Militar, por el escaso número de asuntos de que ésta conoce— y Letrados, funcionarios de nivel A de cuerpos jurídicos, con experiencia en la jurisdicción a que son asignados y un notable “currículum” profesional, se configura como órgano de apoyo y asistencia técnica de la labor jurisdiccional del Tribunal, coadyuvando con su labor de “retaguardia”, a que la función resolutoria última que corresponde al Tribunal Supremo, se produzca con los máximos niveles posibles de agilidad, calidad y unidad doctrinal.

Los buenos resultados que ha proporcionado el “Gabinete Técnico” en sus casi veinte años de existencia, hace que se barajen nuevas iniciativas para su potenciación, y que pasan por una ampliación de su plantilla, a fin de posibilitar la adscripción personal, temporal o definitiva, de algunos Letrados a los Magistrados, su distribución por especialidades en cada jurisdicción y su contribución, de manera ordinaria, a las resoluciones de fondo, mediante la emisión de “Informes integrales”, que acompañen a cada recurso.

7. La Secretaría Técnica de la FGE. Las importantes funciones que desempeña la Fiscalía General del Estado, han llevado a dotarla de una oficina de apoyo, que es la Secretaría Técnica, la cual cuenta con un Fiscal Jefe, con los requisitos exigibles para ser Fiscal de Sala o Magistrado del Tribunal Supremo y siete fiscales de la categoría segunda.

La relevante labor de asesoramiento técnico que realiza <sup>32</sup>, se proyecta a través de informes, estudios, trabajos, propuestas de resolución de consultas, de redacción de instrucciones o circulares.

La potenciación de este órgano, contemplada en el Art.16 EOMF, requeriría, no obstante, una mejor dotación de medios, pues carece incluso de biblioteca, y la insuficiencia de medios humanos, que se ve compensada, sin duda, por las ganas de trabajar de sus componentes, debería revisarse, ante las nuevas y cada vez más exigentes competencias que ha de asumir: cooperación internacional, inmigración, menores, nuevas tecnologías.

Incluso podría pensarse en la conveniencia de exportar el modelo a las Jefaturas de las Fiscalías de los TSJ, a fin de que éstas pudieran homologarse con la nueva e inaplazable reorganización que experimentarán los TSJ, con la implantación de la Segunda Instancia Penal.

Y es que, los nuevos tiempos, reclaman completar y modernizar las estructuras clásicas de asesoramiento y consulta de la Fiscalía, pues las importantes funciones que realizan tanto el Consejo Fiscal como la Junta de fiscales de Sala, se mueve en otra dimensión, marcando pautas generales y para asuntos distintos, de lo que exige un trabajo diario tan masivo y apremiante, como el actual, que requiere, en nuestra opinión, otras estructuras complementarias, más dinámicas y operativas, con suficiente dotación de medios materiales –informática, documentación, bibliotecas- y personales.

### **C. PROPUESTA APLICATIVA, A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL**

a) La importancia de la configuración de una “segunda instancia penal”, operativa y garante de los derechos de los justiciables y el clamor que tanto desde ámbitos científicos, como a consecuencia de recientes episodios jurisdiccionales, de resonancia internacional, suscitaba la necesidad de constituir una auténtica segunda instancia en la jurisdicción penal, empieza ya a ser atendido.

32. El autor debe agradecer al Fiscal de la Secretaría Técnica de la FGE, Alberto Manuel López López sus interesantes informaciones al respecto.

En concreto, la LOPJ, en la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, ha sentado las bases para una generalización de dos instancias, en el orden penal, con la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional (Art.64) y con la atribución a las Salas de lo Penal de los TSJ, del conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes (Art.73.3).

Ello debe completarse, con la reforma del recurso de casación –y de apelación- regulados en la vigente LECrim, y que sin duda, debe acometer la nueva Ley del Proceso Penal, cuya prioridad, en la legislatura entrante, debe ser máxima, pues no parece razonable ni sostenible, seguir con temas abiertos de tanta importancia como la falta de unas reglas generales en materia probatoria; la diferenciación entre la investigación y la instrucción penal; la configuración de una policía judicial acorde con el mandato constitucional; el diseño de un proceso penal tipo más simplificado, al que se añadirían meras especialidades, por razón de personas o materia; la inclusión de los principios procesales a observar en el desarrollo del juicio oral; o unas normas más modernas y completas, sobre ejecución procesal, entre otros.

En esta coyuntura, y ante el fenómeno de una casación masiva y repetitiva, que desnaturaliza su origen y dificulta su papel de supremo órgano unificador en materia jurisdiccional, es llegada la hora de constituir una verdadera segunda instancia, reservando al Tribunal Supremo, en consonancia con su papel constitucional (Art.123 CE), la unificación de la doctrina, a través de una reforma de los motivos del recurso extraordinario de casación y la revisión de sentencias firmes.

Pero para que ello sea posible, debe organizarse una verdadera planta que esté en condiciones de resolver la segunda oportunidad de los juicios penales, dotándola de Magistrados especializados en el orden penal que cuenten –como sucede ahora, con el Tribunal Supremo- con oficinas de apoyo, de carácter técnico, para ayudarles en la gestión y adecuada resolución de los recursos que dejarían de llegar al Tribunal Supremo, para trasladarse a los Tribunales Superiores de Justicia, que se configurarían, de ese modo, en auténticos órganos de última instancia, en sus respectivos territorios.

Al respecto, exponemos unas muy sucintas ideas, subrayando el aspecto orgánico:

- Justifican la reforma, el Comité de Derechos Humanos de las NNUU, que, indirectamente, lo reclamó en su Dictamen de 20-7-2000, “Caso Gómez Vázquez”, condenatorio para España; normas internacionales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva

York, en su Art.14.5 y el CEDH de 1950, en su Art.13 y Art.2.1 del Protocolo 7 del CEDH; y la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Propuesta asumida por el anterior Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo, en su discurso “Del modo de arreglar la justicia”, leído el pasado 15-9-2000, en el solemne acto de apertura del año judicial 2000-2001.

-La idea, en síntesis, es que sean las Salas de lo Penal de los TSJ las que se encarguen de la apelación contra las sentencias de las Audiencias Provinciales, dejando para nuestro más Alto Tribunal, la función de “unificación de doctrina”, tal como existe actualmente en el proceso laboral o, más recientemente, en el Art.42 del proceso de la LORPM.<sup>33</sup>

- Se trata, por tanto, de independizar de las Salas de lo Civil, las Salas de lo Penal de los TSJ, dotándolas con magistrados especializados en el orden penal (en la proporción que se estime necesario, y que podrían ser uno generalista por escalafón y otro especialista) y, organizar su funcionamiento, con realismo y visión de futuro –lo que conllevará la constitución de varias Secciones, en los TSJ con mayor carga de trabajo.

- Debería, por tanto, irse también a la “especialización penal”<sup>34</sup>, vía Reglamento, y en línea de lo previsto para los “Jueces de lo mercantil”: exigencia de un número de años en la jurisdicción, para la admisión al concurso, fase de méritos y oposición a través de uno o dos dictámenes –uno sobre una cuestión jurídico-procesal de orden legal, y otra práctica, sobre un supuesto determinado. – Pudiendo coexistir con este sistema, el reconocimiento como especialistas, para Magistrados de experiencia y trayectoria innegable en el ámbito penal, -por los méritos profesionales alcanzados y destinos servidos–.

La propuesta se justifica porque no nos parece que el mejor sistema sea “examinar” a jueces de sesenta años, por ejemplo, o reconocer como “especialista” a quien lleva dos años en la jurisdicción (j), tras superar un breve programa de temas.

En cambio, la propuesta que defendemos, si se lleva con seriedad, pudiendo utilizarse el antecedente del sistema de reconocimiento de especialista en “lenguas o derecho foral”, examinando la trayectoria en la jurisdicción –y exigiendo, por ejemplo, un mínimo de tiempo, pongamos diez años, por decir una cifra- y el nivel de formación alcanzado, medible a través de elementos objetivos –cursos de doctorado,

33. Con mayor concreción, puede verse la propuesta de ese nuevo recurso de casación en URBANO CASTRILLO, Eduardo del “La nueva casación penal” Ed. Dykinson, 2002.

34. Con más detalle, hemos desarrollado esta cuestión en “La Especialización de la Justicia” Deliberación, nº 10, Marzo, 2003.

participación en actividades de formación, publicaciones, docencia, acceso a la carrera como especialistas por la categoría de magistrados, etc.- nos daría un grado de prestigio, que con mayor o menor exigencia en su baremación, proporcionaría, sin duda, un grupo de magistrados especializados, sin la menor duda.

Al fin y al cabo, las dos vías confluyen en lo mismo: el reconocimiento como especialista, basado en el mérito y capacidad (Art.103.3 CE), como medio complementario de integrar la carrera, basada hasta ahora, casi en exclusiva, en el escalafón junto a la libre designación para la última categoría.

De ese modo, tendríamos unas Salas de lo Penal de los TSJ y de la Audiencia Nacional, integrada por una doble vía de acceso: el escalafón y los especialistas. Y conseguiríamos así, esa respuesta judicial más rápida, de mayor calidad y acierto, que demanda la sociedad, que se queja, fundamentalmente, de la lentitud de los procesos y de algunas respuestas -¿muchas, pocas?- difícilmente entendibles, incluso, para juristas expertos.

Piénsese, para justificar la ineludible exigencia de la “especialización”, si la “jurisdicción penal” actual, no ha alcanzado un grado de autonomía jurisdiccional que requiera el concurso de verdaderos especialistas: principios y normas propias, una recurrente necesidad de acudir a las normas internacionales, doctrina científica especializada, Tribunales tan importantes como el TEDH o el TC, un tronco procesal, con remisiones al orden civil –por ejemplo, en materia de prueba-, dos subjurisdicciones de tanto calado como la de vigilancia penitenciaria y la de la responsabilidad penal del menor, diversas clases de procesos, problemas de diferenciación entre las fases de investigación e instrucción, cuestionamiento del alcance de las sentencias dictadas en segunda instancia, “disrupciones”, mediante el recurso de amparo, con el TC, etc...

b) Articulación de la propuesta de constituir Gabinetes Técnicos en los TSJ. El trasvase de recursos de casación penal que actualmente conoce el Tribunal Supremo –unos seis mil de media, los últimos años- a los TSJ, en forma de apelación contra las sentencias de las Audiencias Provinciales (Art.73.3 c) LOPJ), producirá una redistribución de la carga de trabajo entre los dos primeros órganos judiciales, y un cambio de la casación penal, tal como la conocemos actualmente.

Cierto que hasta que no se configure la nueva casación, como un recurso por unificación de doctrina, siguiendo el precedente de la casación penal del proceso penal de menores, el sistema no estará ultimado. Pero sí se producirá un hecho indiscutible: las Salas de

lo Penal de los TSJ, algunas de las cuales no dictan ni siquiera una sentencia al año, recibirán un flujo de asuntos ciertamente notable.

Por ello, la conveniencia de trasladar el modelo de los GT a los TSJ, en algunos de los cuales, las Salas de lo Penal deberán contar con varias Secciones. Y serán precisamente en dichos territorios, donde más urgente y necesario resultará implantar el modelo comentado. De ello, en nuestra opinión, dependerá que la reestructuración en marcha, de resultado. Otra cosa sería la indeseable, y por desgracia habitual, “política de parcheo” consistente en trasladar el problema –en este caso, los recursos- de un sitio a otro, para aliviar el órgano remitente y colapsar el de destino.

Considero, por tanto, que de modo progresivo –pero teniendo la previsión del modelo, “en la cabeza”- debe ir articulándose un sistema de Oficinas de Apoyo, a modo de “Servicios de Estudio”, que generalice, con el tiempo, en todos los TSJ, la existencia de unos GT, similares a los que vienen funcionando en los grandes Tribunales.

Al respecto, la importante reforma de la LOPJ, LO 19/2003, de 23 de diciembre, ofrece posibilidades que no implicaría como imprescindible, aprobar nuevas disposiciones normativas sino que requerirían, tan solo, decisiones administrativas para dicha articulación orgánica.

Nos referimos a las previsiones de los Art. 437 (“unidades procesales de apoyo”), 438 (“servicios comunes procesales”) y 439 (“unidades administrativas” y “oficinas comunes de apoyo”), que pueden servir, a este objetivo, dada la flexibilidad con que se han concebido, como expresamente indica la Exposición de Motivos de la reforma, (Punto VI).

Estos “Gabinetes de Apoyo”, servirían a la racionalización del trabajo, procurando la eficiencia de la labor judicial, proyectándolo sobre los tiempos de resolución y la calidad del mismo. Avanzaríamos, pues, en la línea de conseguir una Justicia más rápida, y al tiempo, de más calidad y eficacia. Es decir, el programa de futuro en el que debe empeñarse la Justicia de nuestro siglo.

Para que la propuesta sea completa, tres son los temas a abordar, y que podemos acometer, respondiendo a estos interrogantes: quién o quienes, se integrarían en estos Gabinetes, qué funciones realizarían y cómo lo harían.

El aspecto subjetivo: habría que hacer una convocatoria abierta, a juristas de distintos orígenes y experiencias profesionales, con algún

elemento común, como un número mínimo de años de ejercicio (cinco, por ejemplo). Secretarios judiciales, profesores universitarios, funcionarios...especialistas en la jurisdicción, serían la cantera, de unos aspirantes que deberían superar un concurso-oposición. Los méritos, baremados, darían acceso a la segunda parte de la prueba, que podría consistir tanto en un dictamen práctico sobre un caso, como en un dictamen teórico, valorativo de una cuestión doctrinal abierta o comentario crítico de una ley en vigor.

En ese Gabinete, deberían integrarse también algún documentalista y algún funcionario con conocimiento de idiomas. Y si bien su cifra inicial debería ser reducida, y esta propuesta se dirige, inicialmente al ámbito penal, nada impediría su generalización a las restantes Salas de los TSJ, lo que conllevaría un incremento de la plantilla.

En todo caso, tanto el Ministerio de Justicia como las Comunidades Autónomas con competencias en Justicia, deberían colaborar económicamente en el establecimiento y mantenimiento de este órgano, cuyo nivel formativo y de operatividad, depende, igualmente, de una atractiva retribución.

Sobre los contenidos, su función sería doble.

Por un lado, en cuanto a los recursos de casación, su control, selección y tratamiento, realizando propuestas de inadmisión, de aclaración y de nulidades procesales, a lo que podría añadirse el estudio concreto, de aspectos de los asuntos admitidos, que se refieran a recursos especialmente voluminosos o que contengan aspectos procesales o cuestiones puntuales, de orden doctrinal o jurisprudencial, que por su novedad, complejidad o vacilaciones, hagan conveniente ese “apoyo a la decisión”, elemento cardinal de la moderna resolución de los órganos colegiados.

De otro, sería el órgano encargado de recoger, tratar, archivar y movilizar la información que requiera el Tribunal, elaborando recopilaciones de la jurisprudencia propia, y haciéndose con la doctrina y jurisprudencia de otros Tribunales, a fin de proporcionar el acervo documental que permita la realización del trabajo jurisdiccional del TSJ, proporcionando, igualmente, las Notas e Informes sobre cuestiones concretas, que se le demande.

Otras actividades propias de estas Oficinas, o de otros órganos que pudieran existir, individualizados, en los TSJ, a los efectos de dar información, llevar las relaciones con los medios informativos, y con otras autoridades y organismos, pueden igualmente ser apoyadas, por



el GT, el órgano más idóneo para proporcionar una información neutral y profesional, sobre el asunto o actividad de que se trate.

Por último, respecto a cómo desarrollar estas tareas, la forma escrita es más operativa que la oral, y permite una mayor autonomía de los integrantes del Gabinete. Sin embargo, parece conveniente que exista un coordinador, que pudiera ser un Juez o un Magistrado, quien, tal como sucede en el TS, canalizara la información y contactos orales, con el Presidente de la Sala, asumiendo la responsabilidad del trabajo del Gabinete y asegurando la correcta ejecución de las instrucciones y encargos que se solicitan.

Esta fórmula es preferible a una descentralización absoluta, en la que cada Letrado despache con los distintos Magistrados de la Sala, porque conlleva riesgos de descoordinación e ineficiencias, evidentes. Y al tiempo, resuelve la polémica de si el desempeño de las tareas de los Letrados debe ser interna o externa, esto es, si debe realizarse en el interior del Gabinete exclusivamente o tener presencia física ante los propios Magistrados, para informar oral y directamente, en asuntos objeto de deliberación y resolución de éstos.<sup>35</sup>

La experiencia personal de quien estas líneas escribe, avala los buenos resultados de una tarea de intermediación entre diez Letrados y veinte Magistrados de la Sala (II), permitiendo realizar esa doble función antes comentada.

## CONSIDERACIONES FINALES.

La Justicia del siglo XXI se está empezando a construir, básicamente, con nuevas leyes procesales, la aplicación de las nuevas tecnologías y una actualización de la oficina judicial.

Nos falta la adecuación de las estructuras personales a las nuevas exigencias de ésta época, que como sucede siempre con el elemento humano, es el tema más delicado pero, a la postre, el fundamental para que funcionen los proyectos.

En relación a dicha cuestión, tres son los aspectos que considero deben abordarse: la profesionalización y especialización de los integrantes de los órganos judiciales, su racional crecimiento y la constitución de órganos de apoyo, para una mejor labor jurisdiccional y de atención a otros aspectos imprescindibles, en la actual sociedad.

35. Sobre este debate, puede verse AROZAMENA SIERRA, Jerónimo en "La Organización del TC", y AGUIAR DE LUQUE, Luis "Debate", en "La Jurisdicción Constitucional en España", Coloquio Internacional, Madrid, 13 y 14 Octubre 1994, CEC, 1995.14]

En cuanto a esa última cuestión, la creación de gabinetes de apoyo en los TSJ, aprovechando las experiencias de otros países, y en la medida de lo posible, la del actual Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y del equipo de letrados del Tribunal Constitucional, nos parece una decisión importante, y que sólo beneficios puede reportar cara a lograr una Justicia más rápida, de mayor calidad y eficiente.

Los frutos que podrían obtenerse de esta “Propuesta”, son de tres clases: a) cara al exterior, decisiones más rápidas y mejores, b) internamente, autoorganización más eficiente, distinguiendo entre asuntos de rutina –labor esencial del gabinete- y de cierta envergadura o novedad, con el apoyo concreto que se demande y c) desde el punto de vista de la política de recursos humanos de la AJ, ofrecer una nueva salida profesional a determinadas personas, incentivando con trabajos de contenido jurídico de nivel, a quienes cuentan con experiencia y conocimientos en el mundo del Derecho y de la Administración de Justicia.

La nueva Ley Procesal Penal, que debe abordar la reforma de los recursos de apelación y casación, junto a la constitución de la Segunda Instancia Penal, prevista en la LOPJ, tras su reforma de diciembre de 2003, proporcionan el marco idóneo, para afrontar la propuesta que hemos expuesto en estas páginas.

¡Ojalá entre, de verdad, por la puerta de la Administración de Justicia, la innovación organizativa, que junto a la revolución informática, son los motores principales de la necesaria transformación que reclama la Justicia española.

#### 4. SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (SALA DE LO PENAL), SOBRE EL “RECURSO DE CASACIÓN”, CORRESPONDIENTE A LOS AÑOS 2002-2004.

##### Recurso de casación . Adhesión.

Recurso: Casación nº 2212/2002

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 1685/2003 de fecha 17/12/2003

<<... “La doctrina de esta Sala, en punto a la extensión y alcance de la adhesión a la casación, prevista en el mencionado artículo 861 LECrim., señala que dicha posibilidad está abierta a las partes que no hayan preparado el recurso, en el término del emplazamiento o al instruirse del formulado por la otra parte, pero ello no significa que pueda consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aún cuando se apoye en motivos diferentes, "pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercerlo había caducado" (S.T.S. nº 1023/99 o 996/01, A.A.T.S., entre otros, de 7/3/88, 20/7/92, 16/9/94 o 17/2/00).

En cualquier caso el motivo esgrimido carece de fundamento si tenemos en cuenta que su desarrollo se endereza a cuestionar la valoración de los medios de prueba desarrollados en el juicio, lo que significa la inexistencia del vacío probatorio que caracteriza esencialmente la vulneración del derecho mencionado. Así, en el fundamento de derecho tercero, la Sala de instancia se refiere a "la prueba practicada en el acto del juicio oral", relacionando a continuación el testimonio del perjudicado, el informe de asistencia médica y otro testimonio de una testigo "que si bien no presencié el inicio de los hechos, sí resulta relevante por cuanto expone que vio a Pablo acorralado por dos policías, uno le empujaba y le daba con la porra en la pierna y costado, mientras el otro parecía detener a su compañero, testigo ajena a todos los intervinientes en los hechos y a las pretensiones deducidas". Por ello no ha sido sólo la declaración de la víctima la que ha servido de fundamento al Tribunal sino también la existencia de dicha testigo y la corroboración objetiva del resultado del incidente que se plasma en los informes médicos tenidos en cuenta por la Sala, cuyos autores comparecieron en el acto del juicio oral...”>>. (F.J. 1º)

**Recurso de casación. Ámbito. Carácter limitado.**

Recurso: Casación nº 461/2001

Ponente: Sr. Jiménez Villarejo

Sentencia nº 2024/2002 de fecha: 05/12/2002

«Este motivo del recurso no es sino una invitación al Tribunal de casación a que, examinando los folios del sumario y las actas del juicio oral, revise en su conjunto la declaración de hechos probados. Es evidente que esta pretensión, por mucho que se invoque en su apoyo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1.966 -es de suponer que su Art. 14.5- y el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20-7-00, no puede ser acogida por la Sala por la sencilla razón de que no puede entenderse, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, que el Pacto y, mucho menos, el Dictamen a que se hace referencia hayan tenido el efecto, en la estructura de nuestro proceso penal, de convertir el recurso de casación en uno de apelación. El efecto de la ratificación del Pacto por el Estado Español y de su inserción en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el Art. 10.2. CE ha sido el de flexibilizar de forma sustancial mediante una jurisprudencia progresiva el recurso de casación, hasta lograr que el mismo cumpla las exigencias básicas que se derivan del Art. 14.5 del Pacto, no el de desapoderar a los jueces de instancia de la facultad, reconocida en el Art. 741 LECr como ineludible consecuencia del principio de inmediación, de apreciar en conciencia las pruebas que se hayan celebrado en su presencia, ni el de atribuir esa facultad con plenitud de conocimiento al Tribunal de casación que no se encuentra en las mismas condiciones de inmediación en que aquéllos están. El carácter limitado del recurso de casación establecido en el Art. 849.2º LECr sigue, pues, vigente con la modificación que operó en él la Ley 6/19885, de 27 de Marzo y las matizaciones que en su interpretación ha ido introduciendo la doctrina de esta Sala». (F.J. 4º)

**Denegación de prueba.**

Recurso: Casación nº 386/2002P

Ponente: Sr. Colmenarejo Menéndez de Luarca

Sentencia nº 75/2003 de fecha: 23/1/2003

«En definitiva, la entrega de copia de las cintas originales propuesta como prueba, e incluso admitida por el Tribunal de instancia, no es una auténtica prueba que pueda considerarse pertinente y necesaria. La posible indefensión que pudiera haberse originado al recurrente al no haber tenido acceso a la totalidad de las cintas donde constaban todas las conversaciones intervenidas, que efectivamente no fueron

trascritas en su integridad, y que hubiera podido tener relevancia al impedirle realizar alegaciones en el juicio oral respecto a las pruebas de cargo, o incluso con cualquier otro sentido atinente a sus intereses, fue evitada por el Tribunal al poner a su disposición las copias de las cintas el día antes del juicio oral, sin que nada le hubiera impedido proponer como prueba la audición de la totalidad de las cintas en el momento procesal oportuno, es decir en el escrito de defensa, si entendía que en las conversaciones no transcritas podía encontrar algún elemento de su interés. O incluso, ante la situación planteada ya en el juicio oral, como única forma de evitar la indefensión, podía haber planteado la audición de las cintas». R: R.P.E (F.J. 1º)

### **Denegación de prueba.**

Recurso: Casación nº 1972/2002

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia nº 149/2004 de fecha 26/02/2004

<<...” Era relevante porque es indudable la posibilidad de que el fallo pudiera haber sido distinto en función de su resultado, al tratarse precisamente del autor material de los hechos por los que han sido acusados los recurrentes, a los que se imputa como cooperadores del menor de edad penal incomparecido, pero no como autores directos.

No es redundante, pues no se trata de un testimonio adicional o circunstancial, sino del único testimonio presencial, aparte del prestado por la víctima. Es claro que para la defensa resulta un testimonio esencial, pues es el único modo de contrastar la declaración del propio perjudicado.

Es cierto que al ser el menor incomparecido el supuesto autor material de los hechos por los que se enjuicia a los recurrentes como colaboradores, su posición es similar a la de un coimputado, que en este caso no ha sido acusado por su minoría de edad penal cuando ocurrieron los hechos, remitiéndose el enjuiciamiento de su responsabilidad a la Jurisdicción de Menores. Pero ello no excluye la relevancia de su testimonio, pues su interrogatorio contradictorio constituye la única prueba de la que dispone la defensa para intentar obtener la convicción del Tribunal sobre la veracidad de sus alegaciones exculpatorias.

DÉCIMO.- En segundo lugar no se han agotado las posibilidades del Tribunal para hacer comparecer a este testigo. Todas las partes, acusación y defensas, propusieron su testimonio, e interesaron su citación, admitiéndose la prueba por el Tribunal.

Pese a ello el testigo no compareció, porque al parecer, no fue debidamente citado, pese a lo cual el Tribunal se negó de modo inmotivado, sin razonamiento expreso, a la solicitud de suspensión realizada por las defensas.

Esta denegación injustificada no puede fundamentarse en la necesidad de evitar dilaciones indebidas, pues se trata de la primera y única ocasión en que se había señalado el juicio, no habiéndose suspendido nunca con anterioridad.

Tampoco se intentó la localización del testigo, sin que conste la concurrencia de ninguno de los supuestos que justifica el recurso a la lectura de sus anteriores manifestaciones (fallecimiento, huida al extranjero, fuera de la disposición del Tribunal o situarse en ignorado paradero)...">>. (F.J. 9º y 10º)

### **Denegación de prueba. Requisito de necesidad.**

Recurso: Casación nº 1972/2002

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia nº 149/2004 de fecha 26/02/2004

<<...” La pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad, como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (STS 17 enero 1.991). La necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el Art. 746.3 LECr.

Decisión que puede adoptarse por no "considerar necesaria la declaración del testigo", bien por su irrelevancia (visto el estado del juicio el contenido de su testimonio no es relevante respecto a los hechos determinantes de la subsunción delictiva y circunstancias que afectan a la responsabilidad del acusado) -STS 21 diciembre 1992- o bien por su redundancia (después de haberse desarrollado un amplio debate contradictorio el testimonio del testigo que no comparece resulta superfluo e innecesario, ya que no aportaría nuevos datos que puedan ser sustanciales a la hora de formar la convicción de la Sala -STS 27 febrero 1990).

Este requisito de la necesidad es reiteradamente exigido por la doctrina jurisprudencial (STC 51/85 de 10 abril y STS 2º 28 octubre 1988, 12 abril 1989, 8 marzo 1990, 18 febrero 1991 y 10 diciembre 1992 y 21 de marzo de 1995, núm. 464/1995, entre otras), habiéndose cuidado de expresar claramente esta Sala que la facultad del Tribunal de decidir si considera o no la comparecencia de los testigos como necesaria a efectos de suspender el juicio conforme a lo prevenido en el Art. 746.3 LECr., es revisable en casación (STS 27 febrero 1990, entre otras)...">>. (F.J. 6º)

**Denegación de prueba. Requisito de Posibilidad.**

Recurso: Casación nº 1972/2002

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia nº 149/2004 de fecha 26/02/2004

<<...” La realización de la prueba testifical en el acto del juicio oral constituye la norma, que debe cumplirse salvo casos muy excepcionales, por respeto a los principios de contradicción, oralidad y publicidad. Las excepciones, en las que cabe considerar que la prueba de realización no factible y por tanto la decisión del Tribunal correcta, al no suspender, se corresponden con aquellos casos en que la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han estimado lícito reemplazar la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio por la lectura de las diligencias, conforme a lo prevenido en el Art. 730 LECr., sin vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Se trata de los casos en que el testigo ha fallecido, (STC 4/91 de 21 febrero y de esta Sala 15 abril y 16 junio 1992, por ejemplo), o se encuentra en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia (SSTS 15 enero 1991, 4 marzo, 5 junio y 16 noviembre 1992, entre otras), o bien cuando el testigo se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización (SS 26 noviembre y 29 diciembre 1992 de esta Sala, entre otras muchas).

La posibilidad de denegar la suspensión por esta causa y dar validez excepcional a la lectura de las declaraciones sumariales, requiere que efectivamente las declaraciones testificales "no puedan ser reproducidas" en el juicio oral, y por tanto es preciso que el Tribunal haya agotado las posibilidades de contar con la prueba en el juicio, como ha exigido esta Sala en resoluciones como las de 8 y 12 abril 1991, o 26 noviembre 1992.

No es suficiente con una mera citación con resultado negativo, sino que debe apurarse la búsqueda utilizando los servicios policiales (STS 8 abril 1991) cuando la prueba es indispensable, debiendo procurarse -antes de acudir al expediente de dar lectura a las declaraciones prestadas en el sumario- que los testigos acudan a un nuevo señalamiento (STS 5 marzo 1992), dada la especial relevancia que tiene la contradicción como derecho de la parte a refutar las pruebas adversas y defender las propiciatorias, precisamente en el momento cumbre del juicio oral...”>>. F.J.7º)

## **Error de hecho. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 3622/2001

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 140/2003 de fecha: 05/02/2003

«Es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser “litosuficiente”, es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy “documentada” que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero “documento” a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).



En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos». (F.J. 1º)

### **Error de hecho. Doctrina constitucional. Sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 3197/2001

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 331/2003 de fecha: 05/03/2003

« Afirmó el Tribunal Constitucional en la STC nº 167/2002, de 18 de setiembre, del Pleno del Tribunal, que en la “apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”. Como señala la STC 200/2002, de 28 de octubre, “se trae a colación en la mencionada Sentencia [STC nº 167/2002, de 18 de setiembre] la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la cuestión suscitada, inicialmente recogida en su Sentencia de 26 de marzo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia- y consolidada posteriormente en pronunciamientos más recientes (SSTEDH de 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania-; y 25 de julio de 2000 caso Tierce y otros contra San Marino-), que se puede sintetizar en la consideración de 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-Ake 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 de 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 este 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 condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal”.

Por lo tanto, de acuerdo con esta doctrina, reiterada entre otras en las Sentencias nº 197/2002, de 28 de octubre; 198/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre, y 230/2002, de 9 de diciembre, se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías si en la resolución del recurso, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal valora las declaraciones inculpatorias y exculpatorias prestadas en el acto del juicio oral por el propio acusado y por los testigos (STC 230/2002), pues el respeto a los principios de inmediación y contradicción exigían que el Tribunal hubiera oído personalmente a quienes las prestaron». (F.J. 4º.3º)

## **Error de hecho. Estudio de la vía del 849. 2.**

Recurso: Casación nº 3642/2000

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 1850/2002 de fecha: 03/12/2002

«El Art. 849.2º LECr constituye una particularidad muy notoria en la tradicional construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de los arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la audiencia la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace

en las propias actuaciones escritas lo mismo por la audiencia que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que puede alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este n.º 2.º del Art. 849 LECr obliga en casación a alterar o a ampliar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por las audiencias tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el Art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección: a) Por lo dispuesto en el Art. 5.4 LOPJ, que prevé los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia. b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este Art. 849.2º LECr, a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos». (F.J. 9º)

### **Error de hecho. Requisitos.**

Recurso: Casación n.º 1543/2001

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia n.º 2086/2002 de fecha: 12/12/2002

«La doctrina de esta Sala (Sentencias de 24 de enero de 1991 y 22 de septiembre de 1992, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el Art. 849.2 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos que en una reiterada jurisprudencia mantenemos. En este sentido hemos declarado que el documento acreditativo del error que se denuncia requiere, en primer lugar, que se apoye la impugnación es una verdadera prueba documental y no en prueba de otra clase, como la prueba personal documentada en el proceso, lo que excluye a las declaraciones de testigos, peritos y acusados. En segundo término, el

documento debe acreditar la equivocación del Juzgador, en otros términos, el documento designado debe expresar un elemento fáctico contrario al declarado en la sentencia o no recogido como hecho probado en la sentencia impugnada. En tercer lugar, el apartado acreditado por la documental designada no debe entrar en colisión con otros elementos de prueba a valorar por el tribunal, toda vez que entrando en colisión con otros elementos probatorios la función de valorar la prueba corresponde al tribunal de instancia, en los términos resultantes del Art. 741 de la L.E.Criminal. Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en el sentido de que sea relevante en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar». (F.J. 1º)

**Error de hecho. Requisitos. Error de derecho.**

Recurso: Casación nº 2699/2001

Ponente; Sr. Maza Martín

Sentencia nº 2081/2002 de fecha:12/12/2002

«Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser “litosuficiente”, es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes

periciales en la mayor parte de los casos, por muy “documentada” que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero “documento” a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

El motivo alegado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en esa misma línea, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial al que ya nos hemos referido anteriormente, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad». (F.J. 1º)

### **Error iuris.**

Recurso: Casación nº 96/2001

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 2159/2002 de fecha: 28/12/2002

«La vía casacional elegida determina la necesidad de partir de la intangibilidad del hecho probado (artículo 884.3 LECrim.) y se resuelve en verificar la corrección de la aplicación del derecho, es decir,

C  
o  
u  
s  
e  
l  
o  
N  
B  
o  
u  
B  
-  
p  
e  
-  
L  
C  
E  
p  
i  
o  
B  
r  
E  
-  
B

se trata de discernir acerca de la subsunción del "factum" en el tipo penal aplicado, de forma que es incompatible con el presente motivo no solo la pretensión de modificar los hechos de la sentencia, sino también introducir cuestiones relativas al análisis y revaloración de la prueba practicada y ya valorada por el Tribunal de instancia». (F.J. 1º)

**Incongruencia omisiva. Doctrina. No se puede pretender respuesta sobre cuestiones cuyo planteamiento deba adivinar el tribunal a través de los interrogatorios.**

Recurso: Casación nº 2167/2001

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia nº 1999/2002 de fecha: 03/12/2002

«La llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas).

La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes:

1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;

2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno;

3) que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión,

4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues siempre ha de mantenerse el imperativo de racionalidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero, 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio, entre otras muchas).

Todos estos requisitos deben concurrir conjuntamente para que pueda ser acogido el motivo, de manera que la ausencia de cualquiera de ellos determina su desestimación.

En definitiva, las cuestiones a las que el Tribunal debe dar

respuesta autónoma y expresa para evitar que concurra este vicio “in iudicando” son aquellas pretensiones jurídicas formalmente planteadas en las conclusiones, provisionales o definitivas, o en su caso las pretensiones también jurídicas expresamente planteadas en el trámite de las cuestiones previas y debidamente reflejadas en el acta. No se puede pretender, por esta vía casacional, respuesta expresa y pormenorizada a alegaciones meramente fácticas, y tampoco a cuestiones no planteadas formalmente y cuyo planteamiento tenga que adivinar el Tribunal a través de las preguntas que las partes formulan oralmente a los testigos y peritos.

El interrogatorio sirve para ilustrar al Tribunal y para que éste obtenga su convicción sobre lo declarado por los interrogados. Si las respuestas de éstos son convincentes, el Tribunal valorará positivamente esa prueba, lo que, en su caso, podrá cuestionarse por la vía de la presunción de inocencia. Pero el cauce casacional de la incongruencia omisiva, tanto por la vía del Art. 851 3º de la Lecrim como por la vía aquí utilizada del Art. 5 4º de la LOPJ, no permite convertir en pretensión autónoma que deba ser expresamente analizada y respondida en la sentencia cada una de las preguntas formuladas por las partes a cada uno de los peritos y testigos». (F.J. 1º)

### **Infracción de ley. Art. 849.1º. Revisión de juicios de inferencia. Limitaciones.**

Recurso: Casación nº 2946/2001

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 50/2003 de fecha:21/01/2003

«Como argumenta el Ministerio fiscal en esta instancia, los juicios de inferencia se han considerado revisables en sede casacional por la vía del Art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún cuando se contengan en los hechos probados de la sentencia, sin que ello constituya quebranto del obligado respeto al “factum” narrativo de la resolución (SSTS 14-5-1986, 16-7-1997 y 8-4-1996), pero, al menos, con tres limitaciones: a) que únicamente pueden rebatirse “siempre y cuando en su desarrollo se suministren elementos que tiendan a destruir el que la Sala de instancia ha deducido para ser sustituido por el que lo invoca en casación” (STS 19-9-1985); b) que el juicio de inferencia resulte contrario a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los conocimientos científicos (STS 12-2-1997).; y c) que no dependan de la inmediatez, sino de la pura corrección del razonamiento jurídico de los jueces sentenciadores (STS 14-4-1999). (F.J. 3º)

**Infracción de ley. Art. 849.1º. Tesis de la complementación del hecho probado.**

Recurso: Casación nº 1011/2002P  
Ponente: Sr. Martín Pallín  
Sentencia nº 769/2003 de fecha 31/05/2003

«...» La permisividad de una corriente jurisprudencial de esta Sala, ha intentado salvar la incorrecta técnica y sistemática de los redactores de algunas sentencias, complementando los hechos probados, con las referencias fácticas camufladas en el seno de las argumentaciones jurídicas. De esta forma, además de hacer una interpretación contra ley, perjudicial para el reo, se origina una cierta indefensión en la parte afectada, que tiene que escudriñar e interpretar, cuáles son las partes fácticas de la fundamentación jurídica, para conseguir combatir la calificación jurídica de la sentencia. No sabe de antemano, qué pasajes van a ser considerados complementarios del insuficiente y deficiente relato fáctico, sin embargo esta Sala puede a su elección, elegir aquellos que considera integradores y llegar a una solución a la que no ha tenido oportunidad de oponerse la parte recurrente.

4.- La técnica de la complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva, se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

El artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dice de manera expresa que el error de derecho tiene que partir de los hechos que se declaran probados. Exige, por tanto, el legislador y nuestro sistema tradicional, ahora reforzado por las previsiones constitucionales de la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión, que la base y contenido de la imputación jurídica se concentra única y exclusivamente en los hechos que se declaran formal y restrictivamente probados. Es evidente que cuando la sentencia se olvida de unos hechos y los recoge de manera puramente dialéctica en los fundamentos de derecho, nunca se dice, de forma concluyente, que, dichos pasajes, se declaran expresa y terminantemente probados. Este modelo de sentencias está además expresamente avalado por el ancestral artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece, desde hace más de un siglo, cuál es la técnica legal que debe seguirse, imponiendo, hacer una declaración “expresa y terminante” de los hechos que se estimen probados. Más recientemente el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que, se consignarán en párrafos numerados y separados, los diversos apartados que constituyen la estructura de la sentencia, para que pueda ser comprendida y en su caso recurrida por la parte a la que perjudica.



La tesis de la complementación ha sido una rechazable técnica que se ha utilizado, casi siempre, en contra del reo y para salvar las deficiencias imputables a los redactores y firmantes de la sentencia. Lejos de contribuir a la perfección del sistema, se ha coadyuvado a la vulneración de elementos sustanciales que deben ser observados en la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales...» (F.J. 5º).

### Límites del control casacional.

Recurso: Casación nº 2072/2001

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 2198/2002 de fecha: 23/12/2002

«Esta cuestión ha sido abordada en la reciente e importante STC --Pleno-- de 18 de Septiembre de 2002 que ha rectificado la jurisprudencia hasta ahora en vigor. Parte el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, --Fundamento Jurídico décimo-- que ya fue apuntada en el ATC 220/99, que "...el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto --se refiere al Art. 6.1 del Convenio Europeo y a la exigencia de audiencia o vista pública del recurso en vía de apelación-- no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del Art. 6.1..." y en sintonía con la doctrina del TEDH que allí se cita se concluye que en relación, siempre, a la apelación, cuando esta verse sobre cuestiones de hecho o de derecho "...y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el TEDH 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...".

Consecuencia de la doctrina expuesta, en el caso sometido al Tribunal Constitucional y resuelto en la sentencia que se comenta, se considera el amparo al solicitante --absuelto en la instancia y condenado en la apelación ante la Audiencia Provincial "...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...".

Esta doctrina proyecta una especial luz sobre el recurso de casación en la medida que, a diferencia de la apelación, y no obstante la ampliación con que ha sido interpretado por esta Sala a través del

cauce de vulneración de derechos constitucionales y en menor medida por la vía del error facti, no es un novum iudicium, sino que es un control de la interpretación y aplicación de la Ley por el Tribunal sentenciador con vocación de ofrecer al ordenamiento jurídico el valor de la seguridad jurídica y al mismo tiempo en un garante de la interdicción de toda arbitrariedad --Art. 9-3º C.E». (F.J. 1º)

### **Quebrantamiento de forma. Art. 851.5º**

Recurso: Casación nº 3667/2001

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 1240/2003 de fecha 07/11/2003

<<...” hemos de concluir en la procedencia de la nulidad de la Sentencia de instancia y ello con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hay que comenzar afirmando que no concurren, en realidad, las causas de Casación alegadas por los recurrentes en fundamento de su pretensión, toda vez que:

A) Carecen de carácter sustantivo los preceptos de la Ley procesal, citados como infringidos, indebidamente por la vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que requiere obligatoriamente esa naturaleza sustantiva para los artículos cuya indebida aplicación, o inaplicación, a través de tal cauce se alega.

2) Asimismo, no puede propiamente hablarse de verdadera indefensión de las partes, en los términos establecidos para la nulidad de los actos procesales en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el hecho de que la Resolución tan sólo incorporase las firmas de dos de los tres Magistrados que compusieron el Tribunal que conoció del enjuiciamiento de los hechos objeto de las actuaciones, ni porque a éstos se añadiera la de otra Magistrada que no formó parte de ese Tribunal.

3) Y, por último, no se incumple tampoco el debido respeto al principio esencial de inmediación, integrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, pues el mismo se refiere a la tarea de percepción de la prueba practicada y sometida a posterior valoración por quienes directamente presenciaron esa práctica, y no a defecto en la confección o dictado de la Sentencia con ausencia de uno de los miembros de ese Tribunal.

B) Sin embargo, atendiendo a la expresa y evidente voluntad impugnativa que late en la formulación de todos los Recursos y en el ánimo que mueve a los recurrentes, cuando aluden al grave defecto en que incurre la Sentencia de instancia, sí que se aprecia la concurrencia de la causa formal de Casación, contemplada en el número Quinto del artículo 851 de la Ley de ritos cuando se refiere a aquel supuesto en el que “...la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrados

que el señalado en la Ley...”

Semejante circunstancia de tan infrecuente aplicación en la práctica, supone ni más ni menos que la no concurrencia al acto esencial y solemne del "dictado" del pronunciamiento que resuelve sobre los extremos sometidos al enjuiciamiento del Tribunal, del número de Juzgadores previstos, a tal efecto, en la Ley.

Se trata, en consecuencia, del respeto lógico a un requisito trascendental que no puede calificarse de mero defecto de carácter formal, susceptible de posterior subsanación, como entendió la Audiencia en el caso que nos ocupa, ya que el momento procesal en el que la Sentencia “se dicta” no es otro que el de la suscripción de la misma y su posterior notificación a las partes. Lo que aquí aconteció con la sola firma válida de dos Magistrados, al no poderse tener en cuenta la de la Magistrada no formó parte de quienes realmente celebraron el acto del Juicio Oral y formaron la voluntad decisoria del pronunciamiento alcanzado.

No estamos, en modo alguno, ante un aspecto irrelevante sino frente a una omisión tan definitiva como la que significa que la Resolución que se notificó, con inicial vocación de firmeza y sin perjuicio de la interposición de los Recursos que contra la misma cupieran, no había sido leída y, por lo tanto asumido su íntegro contenido, por uno de los Jueces que intervinieron en la deliberación, votación y fallo de la misma, según es preceptivo y deja constancia, como único medio para su comprobación, la estampación de su firma.

Lo que nos impide aceptar una tal situación como algo intrascendente, a pesar de la conciencia de los traumáticos e indeseables efectos procesales que afrontar la verdadera importancia de ese defecto conlleva.

TERCERO.- En consecuencia y por las razones expuestas, procede la estimación, en cuanto a esta circunstancia, de los Recursos planteados por los condenados contra la Resolución de instancia, debiéndose casar y anular dicha Sentencia, a fin de que, por los mismos Juzgadores que conocieron del Juicio que le dio origen, se proceda a dictar nueva Sentencia, en la que se subsane el grave defecto advertido, en orden a la participación en la Resolución de todos los integrantes del Tribunal enjuiciador, sin que resulte necesaria, por otra parte, la celebración de un nuevo Juicio, como alternativamente se interesa en los Recursos, toda vez que, de acuerdo con el principio de conservación de los actos procesales válidos, es de advertir que el defecto reseñado se produce tan sólo al tiempo del dictado de la Resolución, y con el fin de evitar, así mismo, inconvenientes molestias y dilaciones que añadir a las, por desgracia, ya ocasionadas en la tramitación de este procedimiento, máxime cuando, además, el núcleo esencial del material probatorio sobre el que los Juzgadores “a quibus” centraron su valoración es el constituido por los documentos obrantes en las actuaciones, tan sólo complementado por las declaraciones que constan en el propio

Acta del Juicio ya celebrado...”>>. ( F.J. 2º y 3º)

**Quebrantamiento de forma. Art. 851 de la LECRIM. Naturaleza de los defectos formales.**

Recurso: Casación nº 2285/2001

Ponente: Sr. Martín Canivell

Sentencia nº 2098/2002 de fecha: 17/12/2002

«Los defectos formales que describen los preceptos del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se citan en el motivo se refieren a falta de claridad en hechos probados, manifiesta contradicción entre ellos y consignación en los mismos de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo (número 1º del dicho artículo), la carencia de relación expresa de los hechos que hayan resultado probados (número 2º) y falta de resolución en la sentencia de puntos que hayan sido objeto de resolución y defensa (número 3º). Jurisprudencialmente se han elaborado para cada uno de esos vicios formales los requisitos precisos para su existencia. Y así, respecto a la falta de claridad, ha de afectar a elementos de carácter fáctico de la sentencia precisos para su subsunción en una figura típica y consistir en una imposibilidad de comprensión determinada por la ininteligibilidad de las frases y expresiones utilizadas que causan un verdadero vacío en la descripción de los hechos. La contradicción de supuestos fácticos ha de ser interna de los mismos y consiste en una oposición gramatical en su expresión, insubsanable y que por afectar a los precisos para su subsunción en una hipótesis normativa, determina una laguna o vacío en su narración que la hace inapta para su función de base de la resolución. La consignación de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo se produce cuando en lugar de hechos en la parte de la sentencia en que deben expresarse, se utilizan conceptos de los empleados en la descripción o definición normativa, conocidos sólo por los técnicos y no utilizados por el común de las gentes, determinando con ello una imposibilidad de saber los hechos tenidos en cuenta por el juzgador. La no resolución, en fin, en la sentencia de cuestiones oportunamente planteadas en el proceso consiste en no dar respuesta razonada y suficiente a las mismas, en el entendido de que solo se incluyen las cuestiones jurídicas y no las fácticas ni las simples alegaciones expresadas en apoyo de las mismas».

(F.J. 1º)

### **Quebrantamiento de forma. Art. 851.6º LECRIM. Supuestos.**

Recurso: Casación nº 313/2002P

Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón

Sentencia nº 23/2003 de fecha: 21/01/2003

«La doctrina de esta Sala (Sentencias de 5 de abril de 1898, 15 de marzo de 1927, 8 de marzo de 1956, 22 de abril de 1983 y 20 de enero de 1984, entre otras), ha esclarecido la significación, un tanto hermética, del número 6º del artículo 851, aclarando que dicho motivo de casación por quebrantamiento de forma podrá prosperar en los siguientes supuestos:

Primero.- Cuando concurren, a dictar sentencia, uno o más Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, hubiese sido estimada;

Segundo.- Cuando concurren, a dictar sentencia, uno o más Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma, hubiera sido desestimada a pesar de ser procedente, y

Tercero.- Cuando no se hubiera tramitado la pieza separada de recusación pese a haberse intentado ésta en tiempo y forma aduciendo una causa legal, o se hubiere sustanciado dicha pieza por quien no fuese competente o bien sin respetar los trámites legales». (F.J. 1º)

### **Quebrantamiento de forma. Condena por un delito mas grave.**

Recurso: Casación nº 317/2001

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 201/2003 de fecha: 14/02/2003.

«Basta relacionar esta alegación con el mencionado texto del Art. 851.4º LECr, para percatarnos de que no nos encontramos ante el supuesto previsto en esta última norma procesal. La correspondencia que ha de existir entre acusación penal y la condena ha de serlo con relación al hecho punible, a su calificación jurídica y a sus circunstancias agravantes. No así con la pena concreta aplicada, pues, dentro de los márgenes legalmente permitidos, el Tribunal puede imponer una superior al máximo pedido por las acusaciones». (F.J. 2º)

### **Quebrantamiento de forma. Contradicción.**

Recurso: Casación nº 1543/2001

Ponente: Sr. Martínez Arrieta

Sentencia nº 2086/2002 de fecha: 12/12/2002

C  
O  
U  
S  
E  
L  
O  
O  
N  
B  
C  
L  
O  
U  
B  
-  
D  
E  
E  
-  
B  
L  
E  
C  
-  
B  
F  
E  
B

«Esta Sala ha destacado los requisitos de este quebrantamiento de forma a través de la exigencia de que se identifiquen por el recurrente los términos que entran en colisión, que los mismos se encuentran ubicados en el relato fáctico, que no pueda ser subsanado de acuerdo con una interpretación lógica de los significados de los términos y que estén en relación causa-efecto sobre la subsunción». (F.J. 3º)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de pregunta formulada a un testigo**

Recurso: casación n.º 824/2002P  
 Ponente: Conde-Pumpido Tourón  
 Sentencia n.º 470/2003 de 2 de abril

«El motivo es temerario. Basta la lectura de la pregunta, ¿prefería verle a mojarse bajo la lluvia?, y de las afirmaciones anteriores con las que se prepara, para advertir que en ella concurren, no ya una, sino todas las causas legales de prohibición de preguntas previstas en el Art. 709 de la Lecrim, ya que es capciosa, sugestiva e impertinente, además de atentatoria al derecho a la dignidad y a la intimidad de la víctima de abuso sexual a la que se dirigió».

La pregunta es capciosa porque en la forma en la que está planteada resulta engañosa, tiende a confundir al testigo, y a provocarle una respuesta sobre sus razones íntimas para actuar como actuó que resulta contradictoria con su testimonio como víctima profundamente afectada por el hecho delictivo sobre el que declara.

La pregunta es sugestiva porque indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. No se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento como única respuesta racional, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener.

Y, en fin, la pregunta es impertinente, como determinó con acierto el Presidente del Tribunal, por que no se refiere a la cuestión enjuiciada, sino a un hecho ocurrido meses después, que puede tener plurales lecturas y que por tanto no puede aportar nada para el conocimiento de la cuestión enjuiciada. Es impertinente todo lo que queda extramuros de la teleología del proceso, de lo que en él se persigue (S.T.S. 25 de junio de 1.990), y en el caso actual las razones íntimas de la víctima a la hora de decidir enfrentarse a la posibilidad de reencontrarse con su agresor varios meses después de los hechos, resultan innecesarias para la prueba del delito de abuso sexual que se juzga.

Adviértase que la pregunta declarada impertinente (¿prefería verle a mojarse bajo la lluvia?, según la propia parte recurrente), no indagaba sobre unos hechos, que aunque fuesen ocurridos con posterioridad podrían haberse considerado pertinentes a fin de otorgar a la defensa la máxima libertad en el desarrollo de sus tesis, sino sobre las razones del comportamiento de la víctima, con una sugerencia atentatoria a su dignidad.

El interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo señalado reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional (S.T.C. 51/85, 89/86, 158/89, etc.), como este Tribunal Supremo (Sentencias 18 de Febrero y 13 de Mayo de 1989, y 7 de Mayo de 1990, etc.), que la práctica de prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente así como lo que sea inútil o pernicioso.

El Juez o el Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba.

La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala.

En la sentencia de 5 de Febrero de 1996 ya se señaló que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos constitucionales de la víctima, y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el Art. 18 de la Constitución Española, al indagar de modo innecesario y abusivo, acerca de anteriores relaciones sexuales de la víctima del hecho.

Y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo el derecho fundamental a la intimidad de las víctimas debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al Art.10 de nuestra Constitución.

Formular a la víctima de un abuso sexual una pregunta en términos de si prefiere ver a su agresor a mojarse bajo la lluvia, constituye una trivialización de su dolor y de sus motivaciones personales que afecta manifiestamente a su dignidad. Es claro que la decisión de la víctima de acceder a un local público pese a conocer que en él se encontraba su agresor puede deberse a otras razones más honrosas y plausibles, como la valentía, el deseo de superar lo ocurrido, la voluntad de no permitir que el agresor le arrebatase además su entorno y su vida social, etc. Pero, en cualquier caso constituyen motivaciones íntimas que resultan ajenas al proceso.

Al preguntar el Letrado de la defensa acerca de unas

motivaciones íntimas y no de unos hechos, y al formular la pregunta en términos ofensivos y que trivializan el daño ocasionado, afectando a la dignidad de la víctima, es claro que se aparta de sus deberes de defensa, y el Presidente del Tribunal debe, como así hizo, declarar impertinente la pregunta». (F.J. 2º)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba de reconocimiento judicial.**

Recurso: Casación nº 3021/2001

Ponente: Sr. Colmenero Menéndez de Luarca

Sentencia nº 176/2003 de fecha: 06/02/2003

«El derecho a la prueba, de rango constitucional al aparecer consagrado en el artículo 24 de la Constitución, no tiene un carácter absoluto. El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo de aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes. El artículo 24.2 se refiere precisamente a los medios de prueba pertinentes y el juicio de pertinencia y la subsiguiente decisión sobre la admisión de las pruebas solicitadas corresponde a los órganos judiciales. En este sentido dispone el artículo 659 de la LECrim que el Tribunal examinará las pruebas propuestas y dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás.

El motivo podrá prosperar cuando la prueba, o las suspensión del juicio ante su imposibilidad, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero). Es necesario además que quien alega la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes explicita en el recurso las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material, al tratarse de una prueba relevante para la decisión final del proceso.

La prueba de reconocimiento judicial aparece regulada en la LECrim, artículos 326 y siguientes, bajo la denominación de inspección ocular, y puede ser practicada tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, cuando así se considere necesario, encontrando entonces regulada su práctica en el artículo 727. Esta Sala no comparte el argumento de la Audiencia Provincial que deniega la prueba por no ser el momento del juicio oral un momento procesal oportuno, pues, regulada expresamente la posibilidad de su práctica tanto antes como



durante las sesiones del juicio oral en el citado artículo 727 de la LECrim, la decisión sobre su admisión habrá de depender de la pertinencia y necesidad de la prueba en función de las características del caso concreto.

Sin embargo, como ya advertíamos en la STS nº 1244/2001, de 25 de junio, es una prueba de carácter excepcional pues al tener que practicarse fuera de la sala donde se celebra el juicio, lleva consigo una ruptura de la concentración y publicidad de las sesiones y unos trastornos por la necesaria constitución de todos los que intervienen en el juicio oral en un lugar diferente, de modo que “sólo debe practicarse cuando las partes no dispongan de ninguna otra prueba para llevar al juicio los datos que se pretendan (Sentencias 26-3-1991, 24-6-1992 y 6-7-1992, entre otras muchas)”. (F.J. 3º)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Ausencia de piezas de convicción.**

Recurso: Casación nº 362/2001

Ponente: Móner Muñoz

Sentencia nº 1676/2002 de fecha: 21/11/2002

«Es doctrina de esta Sala -sentencias de 16 noviembre 1994 y 3 mayo 1996-, que el cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que puede ser debido a diversas causas, no supone en principio quebrantamiento de forma reclamable por la vía del recurso de casación. Únicamente puede resultar cuestionable la omisión denunciada, cuando la parte que denuncia tal circunstancia hubiera pedido en su escrito de conclusiones provisionales, como medio de prueba, la presencia de dichas piezas de convicción en el local del Tribunal, y cuando esta omisión hubiera podido producir indefensión». (F.J. 2º)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 3563/2001

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia nº 13/2003 de fecha: 14/01/2003

«La cuestión suscitada por el recurrente ha sido objeto de numerosos precedentes jurisprudenciales tanto del Tribunal Constitucional, como de este mismo Tribunal Supremo, quienes han consolidado una doctrina, aplicable por igual a la prueba pericial y a la testifical (SS.T.S. de 18 de febrero de 1.991, 9 de marzo y 16 de julio

de 1.993 y 18 de marzo de 1.994), según la cual, la negativa del Tribunal sentenciador a suspender el Juicio Oral por la omisión de una prueba testifical o pericial previamente considerada pertinente y admitida puede reputarse válida cuando la ejecución de dicha prueba sea innecesaria por haberse practicado en el juicio prueba suficiente para formar la convicción del juzgador (SS.T.C. 51/1990, 56/1991, 205/1991 y 94/1996, entre otras).

En este sentido, esta misma Sala de casación ha declarado en infinidad de ocasiones que el derecho a la prueba que ya proclaman los artículos 6.3 d) y 14.3 e) del Convenio de Roma y del Pacto Internacional de Nueva York respectivamente, no es un derecho absoluto e incontrovertido si el desarrollo de la prueba en su día declarada pertinente carece de posibilidad para alterar el resultado de las diligencias porque el hecho en cuestión esté sobradamente acreditado por los demás medios probatorios (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre y 19 de diciembre de 1.990, del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1.986 y 5 de octubre de 1.989, y del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1.990, 20 de enero de 1.992 y 11 de octubre de 1.993), y ello es así, simplemente, en tanto que no toda denegación de prueba incurre en indefensión. La distinción entre lo necesario y lo pertinente es fundamental. Como lo es la exquisita ponderación de la proporcionalidad que ha de regir el juicio que en este sentido se adopte. Esa es al menos la idea que fluye esencialmente de los numerosos supuestos y de las muchísimas resoluciones con que esta Sala Segunda ha considerado el problema. Lo pertinente puede ser ya innecesario cuando la práctica de la prueba ha de tener lugar (sentencias de 20 de septiembre de 1.991, 4 de mayo de 1.992 y 23 de julio de 1.993) según el criterio objetivo y discrecional de la instancia revisable desde luego casacionalmente. Pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario lo que después resulte indispensable y forzoso (STS de 18 de marzo de 1.994 entre otras muchas).

En esta línea, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado que, en trance de admisión de los medios probatorios propuestos por las partes el Tribunal ha de operar desde la perspectiva de su pertinencia, según lo que en ese momento procesal aparezca conveniente u oportuno, en tanto que, avanzado el iter procesal, para acordar la suspensión de la vista oral, ha de atenderse al criterio de la necesidad de la práctica de aquella prueba que, en el momento del juicio oral, puede resultar irrelevante, superflua o redundante para formar la convicción del juzgador sobre el punto de hecho sobre el que aquélla se proyecta, ya suficientemente acreditado por otros elementos probatorios. De suerte que no se produce la vulneración del derecho fundamental cuando la prueba omitida carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final que se declara en el fallo, puesto que si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva con la exclusión de la indefensión del acusado, tal indefensión no acacera

cuando la prueba no practicada resulta ya innecesaria, pues dicha omisión no ocasionará un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.

La reciente sentencia de esta Sala, de 17 de junio de 2.002 abunda en este criterio y, aunque analiza un supuesto de omisión de prueba testifical, sus consideraciones son predicables para la prueba pericial según lo anteriormente señalado. Allí se reitera que "el reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en el momento de su práctica, la necesidad de las pruebas admitidas cuya realización efectiva plantea dificultades o provoca indebidas dilaciones. Como señalaban entre otras, las sentencias de esta Sala de 1 de abril y 23 de mayo de 1.996, esta facultad del Tribunal, valorando razonada y razonadamente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como suspensiones irrazonables generadoras de indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba"». (F.J. 2º)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 249/2001

Ponente: Sr. Marañón Chávarri

Sentencia nº 1844/2002 de fecha: 30/01/2003

«La denegación de pruebas pertinentes y útiles propuestas por los litigantes, aparte de suponer el quebrantamiento de forma que tipifica el Art. 850.1º de la LECrim., integra vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el Art. 24 de la LECrim., como son el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la tutela judicial efectiva y el de utilizar los medios de prueba pertinentes. La trascendencia constitucional de la denegación de pruebas ha sido reconocida por la jurisprudencia.

Tanto el Tribunal Constitucional (SS. de 10.4.85, 20.2.85, 30.1.91, 29.4.92, entre otras) como esta Sala (SS. de 24.3.81, 25.10 y 12.12.85, 13.5.86, 26.2.87, 2.2, 7.3 y 16.5.88, 14.3, 7.6 y 25.10.89, 11.3 y 15.4.91, 20.1, 24.6 y 10.1.92, 12.2 y 13.4 y 2.6.93, 24.1 y 7.12.94, 21.3.95, 29.1.96, 14.4 y 12.5.97, 26.1 y 16.1.98, 10.6 y 14.6.95, 31.1, 20.3 y 18.4.2000), han estudiado los requisitos para que la denegación pueda determinar la anulación de la sentencia, que son éstos:

1º.- Las pruebas tendrán que haber sido pedidas en tiempo y forma. En tiempo están pedidas, si se solicitan en el escrito de conclusiones provisionales, (arts. 650, 790 y 791 de la LECrim.) y también en el momento de la iniciación del juicio en el Procedimiento

Abreviado (Art. 793.2 de la citada ley), y en el curso del juicio oral, si se dan los supuestos de los números 1º y 3º del Art. 729 de la Ley Procesal Penal. En forma estarán pedidas las pruebas cuya solicitud se ajuste a las reglas procesales.

2º.- Que se denieguen las pruebas por el Tribunal enjuiciador, ya en la resolución específica decisoria sobre admisión de pruebas, que regulan los arts. 659 y 792.1º de la LECrim., ya en el comienzo de las sesiones del juicio, si se propusieron pruebas en tal momento procesal en el Procedimiento Abreviado, conforme autoriza el Art. 793.2º de la citada ley, ya en el curso del juicio, si se pidió en tal momento la práctica de prueba, al amparo del Art. 729 de la LECrim., siendo doctrina consolidada la que exige motivación de la denegación judicial de la prueba.

3º.- Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación de la prueba acordada en el procedimiento ordinario, lo que se establece en el párrafo 4º del Art. 659 de la LECrim. habiendo exigido esta Sala (SS. de 25.10.85, 13.5.86, 26.2.87, 4.6.87, 2.2.88, 14.3.89, 10.7.92, 2.6.93 y 21.3.95 entre otras) que se hagan constar las preguntas que iban a formularse al testigo, aunque la falta de mención de tal dato no debe invalidar la reclamación casacional del recurrente, cuando pueda racionalmente presumirse el tenor de las mismas, teniendo en cuenta lo manifestado por el testigo en la fase instructoria. En el procedimiento abreviado podrá reproducirse en el acto del juicio oral la petición de prueba denegada en el auto resolutorio sobre las pruebas, según lo establecido en el ap. 1 del Art. 792 de la LECrim». (F.J. 1º.2)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Ha de ser prueba factible y relevante.**

Recurso: Casación nº 308/2002P

Ponente: Jiménez Villarejo

Sentencia nº 1859/2002 de fecha: 11/11/2002

«La denegación de una prueba -y a ella equivale no acceder a una solicitud de suspensión del juicio oral por no haberse practicado alguna inicialmente declarada pertinente- sólo constituye quebrantamiento de forma cuando la práctica de la misma es posible o razonablemente factible, lo que no ocurriría en el caso origen de esta alzada con dos de los testigos propuestos que, siendo extranjeros y habiendo estado inculcados en la causa, no pudieron ser localizados en los domicilios facilitados por la parte proponente. Y no sólo el quebrantamiento de forma sino también la eventual percusión del derecho de defensa se encuentran condicionados a que la prueba no practicada hubiera sido capaz de incidir decisivamente en la elaboración judicial del relato fáctico de la Sentencia». (F.J. 2º)

### **Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Incomparecencia de testigo.**

Recurso: Casación nº 312/2001

Ponente: Sr. Granados Pérez

Sentencia nº 52/2003 de fecha: 24/02/2003

«El Tribunal sentenciador, cuando el testigo, propuesto y admitido, no comparece a juicio, pudiendo hacerlo, acordará la suspensión, cuando así se lo solicite la parte que interesó el testimonio, y éste resulte necesario a juicio del Tribunal. Esta es la regla general, y la continuación del juicio constituye la excepción, en los supuestos en que el testimonio no sea necesario o no pueda practicarse en dicho acto y la prueba anticipada se haya obtenido con las adecuadas garantías para la defensa.

El artículo 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge la incomparecencia de testigos como uno de los supuestos de suspensión del juicio oral, siempre que el Tribunal considere dicha prueba como necesaria.

El artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al referirse a la suspensión del juicio oral, es más riguroso, que el artículo 659 del mismo texto legal, que para la admisión de la prueba se limita a reseñar su pertinencia.

De ahí que para alcanzar la convicción sobre si una prueba es necesaria o no haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren en cada caso, teniendo particularmente en cuenta el número y clase de los testigos propuestos, el ámbito y contenido de sus respectivos testimonios, así como las preguntas que en su caso pretendieran hacerse al testigo no comparecido.

Si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es lo que resulte indispensable y forzoso, y cuya practica resulta obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión.

Esta Sala ha estimado necesario el testimonio cuando la testifical ofrecida es el único medio de acreditar los hechos enjuiciados, y si se prescinde de él se puede llegar a una conculcación del derecho a disponer de las garantías procesales que ofrece la ley, y por tanto a una situación de indefensión que pugnaría con el artículo 24 de la Constitución y artículo 6.3. d) de la convención Europea de Derechos Humanos".

La decisión del Tribunal sobre la necesidad de la declaración testifical le vendrá, pues, determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de la preguntas que se iban a someter al testigo incomparecido y probable resultado de su declaración». (F.J. 4º)

**Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Renuncia de la prueba.**

Recurso: Casación nº 362/2001

Ponente: Móner Muñoz

Sentencia nº 1676/2002 de fecha: 21/11/2002

«Las pruebas que se practicaron en el acto del juicio son las propuestas por las partes. La renuncia a una prueba propuesta oportunamente equivale a su no proposición. Cuando tal evento se produce no puede decirse que el Tribunal haya denegado la práctica de la prueba, pues es la dirección técnica de la parte la que ha excluido voluntariamente dicha prueba del total de las que han de practicarse». (F.J. 1º)

**Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba. Requisitos.**

Recurso: 2316/2001

Ponente: Sr. Maza Martín

Sentencia nº 1941/2002 de fecha: 22/11/2002

«Es por ello que, para la prosperidad del Recurso basado en el cauce abierto por el referido artículo 850.1º de la Ley de ritos penal, ha de comprobarse que la prueba que se inadmite lo haya sido con carencia de motivación alguna, lo que nos aproximaría más al campo del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, o que esa motivación haya de considerarse incorrecta, pues el medio probatorio era en realidad: a) pertinente, en el sentido de concerniente o atinente a lo que en el procedimiento en concreto se trata, es decir, que “venga a propósito” del objeto del enjuiciamiento, que guarde auténtica relación con él; b) necesario, pues de su práctica el Juzgador puede extraer información de la que es menester disponer para la decisión sobre algún aspecto esencial, debiendo ser, por tanto, no sólo pertinente sino también influyente en la decisión última del Tribunal, puesto que si el extremo objeto de acreditación se encuentra ya debidamente probado por otros medios o se observa anticipadamente, con absoluta seguridad, que la eficacia acreditativa de la prueba no es bastante para alterar el resultado ya obtenido, ésta deviene obviamente innecesaria; y c) posible, toda vez que no es de recibo el que, de su admisión, se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio se revela ya como

en modo alguno factible. (SsTS de 22 de Marzo de 1994, 21 de Marzo de 1995, 18 de Septiembre de 1996, 3 de Octubre de 1997 y un largo etcétera; así como las SsTC de 5 de Octubre de 1989 o 1 de Marzo de 1991, por citar sólo dos; además de otras numerosas SsTEDH, como las de 7 de Julio y 20 de Noviembre de 1989 y 27 de Septiembre y 19 de Diciembre de 1990)». (F.J. 5º)

### **Quebrantamiento de forma. Falta de claridad.**

Recurso: Casación nº 2694/2001

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia nº 100/2003 de fecha: 27/01/2003

«Como se lee en la STS 276/2001 de 27 de febrero el aquí denunciado es un vicio de redacción de la sentencia que afecta a los hechos probados, como tales, esto es, a la descripción de una acción o segmento de ella penalmente relevante por ser subsumible en un precepto legal. Produciéndose de forma que entre algunos de los enunciados nucleares utilizados al efecto se aprecie un antagonismo de tal calidad que determine la inconsistencia esencial del discurso. Es decir, que en éste se sostenga como cierto algo que, a la vez, se esté afirmando que es falso, con quebrantamiento de esa ley fundamental del pensamiento lógico que es el principio de no contradicción. Este criterio interpretativo del motivo de referencia tiene expresión en múltiples sentencias de esta sala, entre otras, las de 30 de diciembre de 1997 y de 25 de mayo de 1995». (F.J. 2º)

### **Quebrantamiento de forma. Incongruencia omisiva. Cuestión afectante al ámbito de la cosa juzgada cuya resolución se remitió por el Tribunal a la sentencia.**

Recurso: Casación nº 463/2003P

Ponente: Sr. Sánchez Melgar

Sentencia nº 1470/2003 de fecha 10/11/2003

<<...» La incongruencia omisiva, según doctrina de esta Sala -"ad exemplum" Sentencias 495/1996, de 24 mayo, 508/1996, de 13 julio, 623/1996, de 7 noviembre, 864/1996, de 18 diciembre, 1076/1996, de 26 diciembre, 69/1997, de 23 enero, 89/1997, de 30 enero y 120/1997, de 11 marzo- recogen para su viabilidad: a) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas, y no a meras

cuestiones fácticas; b) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez plantea la cuestión referente a las resoluciones implícitas; y c) Que aún existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso -Sentencias de 18 marzo 1992 y 27 enero 1993- siempre que se trate de razonamientos incompletos, no cuando el problema debatido haya sido marginado totalmente, sin que pueda admitirse la denegación implícita de la cuestión propuesta, ya que esta Sala en reiterados precedentes jurisprudenciales -Sentencias, entre otras, de 17 junio 1988, 1 junio 1990, 3 octubre 1992 y 660/1994, de 28 marzo- ha venido estableciendo que a la luz de la norma contenida en el artículo 120.3 de la Constitución debe aplicarse con absoluta cautela la antigua doctrina jurisprudencial acerca de la denominada desestimación implícita.

En este mismo sentido, conviene recordar la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (véase la STC 253/2000, de 30 de octubre), por lo que se refiere específicamente a la denominada «incongruencia omisiva», pues desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del Art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras muchas, SSTC 215/1998, de 11 de noviembre; 74/1999, de 26 de abril; 132/1999, de 25 de julio; 85/2000, de 27 de marzo y 101/2000, de 10 de abril). En definitiva, «no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del Art. 24.1 CE (SSTC 175/1990, 198/1990, 88/1992, 163/1992, 226/1992, 101/1993, 169/1994, 91/1995, 143/1995, 58/1996, etc.), doctrina igualmente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (así, en las decisiones de los asuntos Ruiz Torija c. España, e Hiro Bolani c. España, ambas de 9 de diciembre de 1994)» (SSTC 26/1997, de 11 de febrero, F. 4 y 16/1998, de 26 de enero).

A estos efectos resulta preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. De tal modo que, si bien respecto de las primeras no sería necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aunque se omita el tratamiento particularizado de alegaciones concretas no substanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Concretamente, respecto de esta



última, y para poder concluir que la omisión no alcanza relevancia constitucional, es preciso que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda razonablemente deducirse, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, cuáles son los motivos en que se fundamenta la respuesta tácita (por todas, SSTC 56/1996, de 4 de abril; 16/1998; 129/1998, de 16 de junio; 94/1999, de 31 de mayo; 101/1999, de 31 de mayo; 132/1999 y 193/1999, de 25 de octubre).

En el caso, el cambio de placas de matrícula, que se produce en el alto o puerto de Echegarate (Guipúzcoa), es un dato relatado por la Sentencia de instancia en el tercero de sus hechos probados, e igualmente es descrito en el auto de procesamiento dictado en el sumario 20/2001 seguido en el Juzgado Central de Instrucción número 6, con fecha 2 de octubre de 2001, no motivando la resolución recurrida los pormenores jurídicos de la condena por este delito, sino de forma genérica en el tercero de sus fundamentos jurídicos, lo que produjo la previa alegación de los recurrentes, a fin de que la Sala diera una respuesta concreta sobre si la falsificación que se sanciona es diferente a la falsificación que origina el procesamiento en otra causa, evitándose duplicidades procesales, que no debieron producirse, como dijo el Ministerio fiscal en el acto de la vista, no obstante la impugnación del motivo, y porque no se motivó de forma alguna el concreto alcance de la falsificación referida al Art. 392 del Código penal, si era referida a tal cambio (de matrícula) en el coche con que circulaban los recurrentes, o si se refería a la propia falsedad de la placa, y en su caso, sobre su autoría (e introducción del tipo penal definido en los arts 574 y 571 del Código penal, que no figuraban en el escrito de acusación del Ministerio fiscal). Esta petición se fundamentaba en una cuestión ciertamente previa a la condena penal, que debió ser resuelta por la Sala sentenciadora, y que no puede ser silenciada, so pretexto de una implícita desestimación, porque de este modo se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el resolver los temas jurídicos que las partes someten a la consideración del Tribunal, de modo afirmativo o negativo, pero en todo caso motivadamente, máxime cuando se ha anunciado en previa resolución de la Sala su oportuna contestación. Como dice la STC 74/1999, de 26 de abril, se trataba ciertamente de una pretensión esencial de la que dependía el fallo no sólo formalmente, sino, que, como alegan los recurrentes, se impedía al Tribunal el examen de fondo del asunto, es decir, el enjuiciamiento penal de los hechos imputados al acusado, porque la resolución de tal cuestión venía constituida como algo previo. En todo caso, la cuestión tiene que ser resuelta de forma positiva o negativa por la fundamental razón de que la sentencia que se dicte puede tener efecto reflejo en el ámbito de la cosa juzgada en un proceso ulterior, si —en efecto— se refiere a los mismos hechos por los cuales ya se encuentran procesados los recurrentes, como alega el Ministerio fiscal en su escrito; de esta manera adquiere superlativa importancia

su concreta resolución, no pudiéndose considerar que su planteamiento ha sido tácitamente desestimado...>>>. (F.J. 2º)

**Quebrantamiento de forma. Incongruencia omisiva. Doctrina. Error de hecho. Doctrina.**

Recurso: Casación nº 139/2002 P  
Ponente: Sr. Sánchez Melgar  
Sentencia nº 2075/2002 de fecha: 11/12/2002

«La incongruencia omisiva, según doctrina de esta Sala -"ad exemplum" Sentencias 495/1996, de 24 mayo, 508/1996, de 13 julio, 623/1996, de 7 noviembre, 864/1996, de 18 diciembre, 1076/1996, de 26 diciembre, 69/1997, de 23 enero, 89/1997, de 30 enero y 120/1997, de 11 marzo- recogen para su viabilidad: a) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas, y no a meras cuestiones fácticas; b) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez plantea la cuestión referente a las resoluciones implícitas; y c) Que aún existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso -Sentencias de 18 marzo 1992 y 27 enero 1993- siempre que se trate de razonamientos incompletos, no cuando el problema debatido haya sido marginado totalmente, sin que pueda admitirse la denegación implícita de la circunstancia ya que, como ha recogido la Sentencia 304/1996, de 8 abril, «esta Sala en reiterados precedentes jurisprudenciales recientes -Sentencias, entre otras, de 17 junio 1988, 1 junio 1990, 3 octubre 1992 y 660/1994, de 28 marzo- ha venido estableciendo que a la luz de la norma contenida en el artículo 120.3 de la Constitución debe aplicarse con absoluta cautela la antigua doctrina jurisprudencial acerca de la denominada desestimación implícita; pero lo cierto es que tal posibilidad aparece jurisprudencialmente como posible -por todas, Sentencias 121/1993, de 27 enero, 1134/1993, de 4 junio, 2081/1994, de 29 noviembre, y 323/1995, de 3 marzo- en todos aquellos supuestos en que exista un específico pronunciamiento, resolutorio de cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la cuestión omitida o excluyente de ésta. (F.J. 2º)

...la doctrina de esta Sala viene exigiendo para su estimación la concurrencia de determinados requisitos que configuran su contenido y alcance, en términos absolutamente incompatibles con la conversión de la casación en una nueva instancia, y por tanto con la pretensión de que esta Sala proceda a una nueva valoración del material probatorio con invasión de las funciones que al Tribunal de instancia confiere el

artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por el contrario el error a que se refiere el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige: A) Que se tenga en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa.

B) Que el documento acredite la equivocación del juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento por su propia condición y contenido es capaz de acreditar. Lo que a su vez supone: a) que no sea necesario recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones sobre ellos fundadas; y b) que el documento sea literosuficiente por no precisar de la adición de otras pruebas para evidenciar el error. C) Que a su vez ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. D) Por último, es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo». (F.J. 3º)

### **Quebrantamiento de forma. Interrupción del interrogatorio de la denunciante ante el estado de la deponente.**

Recurso: Casación nº 754/2001

Ponente: Sr. Saavedra Ruiz

Sentencia nº 2132/2002 de fecha: 23/12/2002

«El artículo 850.3 LECrim. establece entre los vicios formales anteriores a la sentencia la negativa del Presidente del Tribunal a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan, siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. Ello debe ser puesto en relación con el artículo 709 LECrim. referido a las preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, que no deben ser permitidas, debiendo hacer en el acto la parte que las haya formulado

la correspondiente protesta preparatoria del recurso de casación, consignándose por el Secretario en este caso "a la letra en el acta la pregunta o repregunta a que el Presidente haya prohibido contestar". También aquí se suscita el que no se haya permitido la continuación del interrogatorio de la testigo por razones psicológicas. Sin embargo, es lo cierto que desde el punto de vista formal la defensa debió no sólo formular la correspondiente protesta en el acta sino pedir la constancia de las preguntas que quedaron pendientes, pues sin ello no es posible apreciar su trascendencia en punto a la indefensión del acusado por el Tribunal de Casación. También la cuestión puede analizarse desde la perspectiva de la imposibilidad de la testigo de prestar declaración por razones psíquicas que el Tribunal ha valorado como consistentes y serias. Ello guardaría analogía con la previsión del artículo 730 LECrim., es decir, por causas independientes de la voluntad de las partes, el testigo comparecido no puede continuar el interrogatorio, en cuyo caso podría a instancia de cualquiera de las mismas leerse las diligencias practicadas en el sumario. La S.T.S. 1699/00, de 03/11, se refiere a propósito del alcance del artículo 730 mencionado, con cita expresa de la también S.T.S. de 10/06/93, a que el precepto está previsto para los casos de imposibilidad de la práctica de la prueba en el juicio oral, sin reducirla sólo a la material (el caso de la sentencia citada en segundo lugar se refería a imposibilidad de naturaleza psicológica), debiendo modularse en cada caso a la vista de las circunstancias concurrentes, ciertamente con rigurosidad, pero también sin reducirla a supuestos "de fuerza mayor". En el presente caso era incluso ociosa la lectura de la declaración sumarial de la perjudicada en la medida que fueron ratificadas las declaraciones anteriores y además el interrogatorio se había ya producido parcialmente. El propio recurrente, en el cuarto de los motivos, donde suscita esta misma cuestión desde la perspectiva de la vulneración del derecho de defensa, señala que "no se le pudo interrogar respecto de los extremos periféricos de la situación por ella narrada", luego si se trata de tales hechos tampoco debe apreciarse la relevancia de las preguntas pendientes. En síntesis, la Audiencia pudo apreciar inmediatamente las condiciones de la testigo, el contenido de su declaración y ello, en relación con las otras pruebas practicadas, le permitió hacer una valoración suficiente de dicho testimonio». (F.J. 1º)

**Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo.**

Recurso: Casación nº 2694/2001

Ponente: Sr. Andrés Ibáñez

Sentencia nº 100/2003 de fecha: 27/01/2003

«La proscripción del uso de categorías normativas en la construcción de los hechos probados responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta

función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo a comportamientos que se ha convenido considerar incriminables por su lesividad para determinados bienes jurídicos. Pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria certeza, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan denotadas como tales, de manera taxativa, en el Código Penal. Luego, a partir de esta previa intervención del legislador, cabrá determinar, con el necesario rigor, a qué conductas ha de atribuirse la calidad legal de criminales. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción con el máximo de plasticidad de los rasgos constitutivos de la acción de que se trate, como se entiende acontecieron en realidad, según lo que resulte de la prueba. Sólo en un momento, ulterior en el orden lógico, tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquélla en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisional se hace tautológico o circular, y fácilmente arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter esencialmente descriptivo, que son los idóneos para referirse a datos de los que podría predicarse verdad o falsedad. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada del vicio aquí denunciado (por todas, STS nº 45/2001, de 24 de enero)». (F.J. 3º)

**Quebrantamiento de forma. Predeterminación del fallo. Ingerencia sobre el propósito o intención del agente: cuestión probatoria. Sistema acorde al Art. 14.5 del pacto de Nueva York.**

Recurso: Casación nº 3642/2000

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 1850/2002 de fecha: 03/12/2002

«Tal vicio de predeterminación del fallo existe cuando en los hechos probados se utilizan las mismas palabras (u otras semejantes) que las utilizadas por el legislador en la correspondiente definición penal, siempre que tal utilización se haga para sustituir la necesaria narración que toda sentencia debe contener sobre lo ocurrido. Así cuando sólo se dice que "hurtó", "robó" o "estafó", o actuó "obcecado" o "en legítima defensa", y no se explica en qué consistió cada uno de los hechos que en tales expresiones quedan sintetizados. Ello produciría un vacío en los hechos probados que constituiría el quebrantamiento de forma aquí examinado y habría de subsanarse mediante una nueva

redacción suficientemente explicativa de lo ocurrido [Art. 901 bis a) LECr].

Es frecuente que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención en la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (Art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho.

Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad de ese propósito o intención que la resolución judicial dice que concurre. (F.J. 3º)

Se alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del Art. 24.2 CE, porque entiende el recurrente que el recurso de casación, tal y como aparece regulado en nuestra ley procesal, por las limitaciones a que se encuentra sometido en cuanto al necesario respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no permite que las sentencias dictadas por las audiencias sean sometidas de modo eficaz a un tribunal superior, con lo que este sistema procesal viola lo dispuesto en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 firmado en Nueva York.

Estimamos que no es así, tal y como desde hace años concibe este Tribunal Supremo este recurso de casación penal tras la Constitución de 1978 y tras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta sala en relación con la necesaria defensa del derecho a la presunción de inocencia de los acusados reconocido en el Art. 24.2 de la mencionada ley fundamental.

Si bien entendemos que ha de respetarse la valoración que de la prueba practicada hace la sala de instancia, compete a esta sala comprobar que la prueba de cargo utilizada para condenar realmente existe en el procedimiento, que ha sido obtenida y aportada al mismo con los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes procesales, y que, por último, ha de reputarse razonablemente bastante para justificar la correspondiente condena. Triple comprobación (existencia, licitud y suficiencia) que nos permite afirmar que este sistema procesal del recurso de casación penal en el derecho español actualmente cumple las exigencias derivadas del mencionado Art. 14.5 del citado Pacto de Nueva York.

Nos remitimos, por lo demás, al auto de esta sala de 14.12.2001 que trata de modo más extenso este problema». (F.J. 4º)

### **Resoluciones recurribles. Auto de sobreseimiento libre.**

Recurso: Casación nº: 116/2001

Ponente: Sr. Delgado García

Sentencia nº 1452/2002 de fecha: 13/9/02

«2. El principio penal, al que este Art. 848 LECr responde, es el de considerar sólo resoluciones recurribles en casación, cuando de autos se trata, aquellos que resuelven definitivamente el asunto y además han sido dictados en causas en las que a las Audiencias Provinciales (o Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia) corresponde enjuiciar bajo el sistema procesal de juicio oral y única instancia.

En particular, el párrafo II de este Art. 848 se refiere a los autos de sobreseimiento diciendo que sólo podrán ser recurridos en casación los de sobreseimiento libre cuando reúnan dos requisitos: 1º. Que se hayan dictado por entenderse que los hechos sumariales no eran constitutivos de delito (Art. 637.2º LECr.). 2º. Que alguien se hallara procesado como culpable de los mismos.

Advertimos enseguida que este párrafo II no ha sido adaptado a las normas que ahora regulan el llamado "procedimiento abreviado para determinados delitos" de los arts. 779 y ss. LECr, pues habla de hechos "sumariales" y de "procesado", lo que nos obliga a repetir aquí las precisiones que ya hizo esta sala en sentencia de 5.5.97:

1ª. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del Art. 848 de la LECr, para que en caso de sobreseimiento libre por entenderse que los hechos no son constitutivos de delito (Art.637-2º) proceda recurso de casación es necesario que alguien se "halle procesado como culpable de los mismos". Como el nuevo Procedimiento Abreviado abarca no sólo los casos que son competencia de los Juzgados de lo Penal con apelación ante la Audiencia (doble instancia sin casación), sino también

otros de los que conocen las Audiencias en única instancia con casación, desaparecido el auto de procesamiento en las Diligencias Previas, esta Sala viene entendiendo que, incoado ya tal Procedimiento Abreviado (Art. 789-5ª) y existente escrito de acusación de alguna de las partes actoras, ello equivale al auto de procesamiento a estos efectos del párrafo 2 del Art. 848.

2ª. El recurso de casación penal ha venido considerándose incompatible con la doble instancia: cuando la Ley Procesal preveía contra una resolución del Juzgado de Instrucción una apelación ante la Audiencia, lo resuelto en esta apelación lo era con carácter definitivo, sin posible ulterior casación. Tal regla se ha quebrado expresamente con la reciente Ley del Jurado (arts. 847 y 848.1 de la LECr) y también ha quedado rota como una consecuencia necesaria del hecho de que la fase intermedia en el Procedimiento Abreviado se tramite ante el Juez de Instrucción que es quien tiene que resolver sobre la apertura de juicio oral o el sobreseimiento, con apelación, en su caso, ante la Audiencia correspondiente. Si se acuerda el sobreseimiento libre, conforme al Art. 790.6 y hay alguien acusado (equivalente al procesamiento, como antes se ha dicho), tal resolución es apelable, y contra la apelación que acordara ese sobreseimiento libre con persona ya acusada, cabe casación, si bien hemos de señalar aquí una limitación: sólo cuando se haya dictado en procedimiento del que, en su caso, hubiera de conocer la Audiencia por sistema de juicio oral y única instancia, el que sólo existía originariamente en la LECr para las causas por delito. Únicamente es posible casación contra los autos de sobreseimiento libre cuando estos autos se dictan en procedimientos en los que la Ley permite casación contra la sentencia con la que habrían de terminar si el trámite llegara a su fin. No cabe admitir recurso de casación contra autos de sobreseimiento libre dictados en asuntos que son competencia del Juzgado de lo Penal, pues éstos tienen una doble instancia, terminando con apelación en la Audiencia y sin posible casación: si en un determinado asunto no cabe casación contra la sentencia, tampoco cabe contra el auto de sobreseimiento libre.

Podemos añadir aquí lo que nos dice otra sentencia de esta misma sala, de 29.12.2001, cuando considera que también existe una situación análoga al procesamiento, a los efectos aquí examinados, si en el trámite de instrucción se hubiera acordado alguna medida cautelar contra una determinada persona, pues tal medida sólo procede cuando se ha apreciado la concurrencia de indicios racionales de criminalidad, los mismos que el Art. 384 LECr exige para acordar el procesamiento». (F.J. 2º)



**Resoluciones recurribles. Autos resolutorios de recursos de apelación.**

Recurso: Casación nº 962/2001

Ponente: Saavedra Ruiz

Sentencia nº 1777/2002 de fecha: 30/10/2002

«En primer lugar, la regla general pasa porque los autos dictados por las Audiencias Provinciales resolviendo los recursos de apelación (artículo 787 LECrim.) frente a resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción en el procedimiento abreviado, no son recurribles en casación, y así se deduce de la interpretación sistemática del citado precepto y el 796, que establece un sistema de doble instancia que agota los recursos sin acceso posterior a la casación, idéntica conclusión a la que se llega si tenemos en cuenta que el artículo 848 LECrim. establece un sistema tasado y sólo autoriza la casación en los supuestos en que expresamente se determine, sin que se autorice en supuestos como el presente.

En segundo lugar, la sentencia de esta Sala citada más arriba ha señalado que "la interpretación lógico-sistemática del artículo 25 LECrim., permite fácilmente concluir que el párrafo segundo del precepto faculta a los Jueces o Tribunales (Audiencias) para inhibirse de oficio en favor del Órgano Jurisdiccional competente, y el párrafo tercero señala los recursos contra dichas resoluciones de inhibición, en función del Órgano que las adopta: si son los Jueces, el recurso procedente es el de apelación, si son los Tribunales (Audiencias), el recurso procedente es el de casación. Pero en ningún momento se establece expresamente frente a las resoluciones de los Jueces un sistema de doble de impugnación sucesivo, primero de apelación y seguidamente de casación. Este criterio se refuerza mediante la interpretación histórica, pues la redacción del precepto es la primigenia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, cuando el artículo 848 anterior a su reforma de 1933 no permitía el planteamiento de problema interpretativo alguno pues expresamente excluía del acceso del recurso de casación, las resoluciones contra las que se concediese otro recurso ordinario, como aquí sucede con los autos de inhibición dictados por los Jueces de Instrucción, contra los que se concede expresamente el recurso ordinario de apelación".

Además, desde la perspectiva señalada del artículo 848 LECrim., el auto que se pretende recurrir no tiene carácter definitivo, ya que la cuestión de competencia suscitada puede volver a plantearse por el recurrente ante el Juzgado receptor de las diligencias como, en su momento, ante el Órgano al que corresponda su enjuiciamiento (artículo de previo pronunciamiento o cuestión previa, según se trate de procedimiento ordinario o abreviado).

Los autos de esta Sala citados argumentan también que "de admitirse el recurso de casación contra este tipo de resoluciones, la

decisión del Tribunal Supremo sería irrecurrible y ello supondría la posible atribución de la instrucción o el conocimiento de una causa penal a un determinado Órgano Jurisdiccional que no habría tenido la oportunidad de exponer las razones por las que estimare procedente o improcedente aceptar la inhibición a su favor acordada; pudiendo darse la circunstancia de que ni la Audiencia Provincial que dictó el auto recurrido en casación ni el Tribunal Supremo fuesen los Órganos legalmente competentes para resolver la cuestión de competencia que hubiera podido suscitarse entre los Órganos Jurisdiccionales enfrentados al respecto (artículos 51.1 L.O.P.J. y 20 LECrim.)"». (F.J. 1º)

### **Sentencia absolutoria.**

Recurso: Casación nº 2525/2002

Ponente: Sr. Martín Pallín

Sentencia nº 1504/2003 de fecha 25/02/2004

<<...” 1.- Para la mejor comprensión de este motivo conviene anticipar, que el acusado fue absuelto del delito de alzamiento de bienes por el que había sido inicialmente imputado por el Ministerio Fiscal, y del que finalmente, retiró la acusación. Los pronunciamientos absolutorios de una sentencia, puede tener su origen en muy diversas vicisitudes procesales, lo que justifica la disidencia con estas resoluciones, en los casos en que la decisión del órgano juzgador, llegue a esta conclusión por vías, que dejan intacto el contenido incriminatorio del resto de la sentencia, y sobre todo las afirmaciones fácticas. El aspecto más significativo de esta posibilidad, se presenta en los supuestos de absolución por prescripción del delito, en los que el relato de la sentencia y de su fundamentación jurídica expresan, de manera clara y terminante, que nos encontramos ante un hecho delictivo, imputando su comisión a una persona determinada, que finalmente termina siendo absuelta, por haber transcurrido los plazos señalados por la Ley para la extinción de la responsabilidad penal. En estos supuestos, el absuelto está legitimado para solicitar una modificación de la sentencia, para que se rectifique o se elimine el contenido inculpatario, que afecta incuestionablemente a su estima personal y social.

2.- En aquellos casos en los que la absolución se produce, por existir una duda razonable sobre la virtualidad de las pruebas y se llega a la conclusión de que carece de mimbres probatorios suficientes para dictar una sentencia condenatoria, es evidente que el afectado por esta resolución no puede pretender que se rectifique la sentencia, ya que la duda razonable equivale a reconocer su inocencia a todos los efectos legales, por lo que carece de interés legítimo para formular recurso de casación. Cuando la absolución se deriva de la inexistencia de pruebas

y así se declara en la sentencia, reconociendo su inocencia y, en cierto modo, lo infundado de la acusación, es obvio que no procede recurso impugnatorio.

3.- La parte recurrente señala que, a lo largo de las actuaciones, se encadenan una serie de imputaciones delictivas para su patrocinado, que evidentemente tiene este carácter, pero no se puede olvidar que constituye el antecedente necesario para justificar o sentar las bases de los delitos por los que se había formulado acusación. No se puede perseguir un alzamiento de bienes, realizado para eludir determinadas responsabilidades civiles, derivadas de hechos delictivos sin que, como presupuesto indispensable, se afirme y sustente por las acusaciones, que han existido, aunque se describan de manera genérica, comportamientos delictivos. En caso contrario, el debate y la secuencia lógica de los acontecimientos, resultaría incongruente y carente de toda racionalidad y metodología.

Estas imputaciones afectan también a la que fue su esposa, ya fallecida, y cuya extinción de responsabilidad penal, fue declarada en el curso de este proceso. El propio recurrente señala, en el desarrollo de su recurso, que actúa también en representación de las dos hijas del matrimonio y ningún inconveniente existe para que, también en su nombre, solicite la modificación de la sentencia en los términos en los que desarrolla los diversos motivos que articula.

Por lo expuesto, nada tenemos que objetar a este planteamiento previo, por lo que entraremos en el análisis de los diversos motivos, agrupándolos sistemáticamente en función de su naturaleza constitucional o de mera legalidad ordinaria...”>>. (F.J. 1º)

### **Sistema acorde con el artículo 14.5 del Pacto de Nueva York.**

Recurso: Casación nº 2084/2001

Ponente: Sr. Giménez García

Sentencia nº 429/2003 de fecha 21/03/2003

«... La Junta General de Sala de 13 de Septiembre de 2000 tras examinar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de Julio de 2000 en relación con el cumplimiento por España de lo prevenido en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966 se pronunció en el sentido de que el actual recurso de casación español permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados siendo posible una revocación de la sentencia condenatoria y cumpliendo ampliamente con las exigencias mínimas de la doble instancia debiéndose ser considerado como un recurso efectivo en los términos del Art. 14. 5 del Pacto y en tal sentido se puede citar el Auto de 14 de Diciembre de

2001 en el que se detallan in extenso las razones del porqué con la actual casación cumple con las existencias del Art. 14.5 del Pacto, y en el mismo sentido la STC de 14 de Abril de 2002 que reiterando otras cuestiones, alude a la asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la culpabilidad y pena impuesta que exige el artículo citado que tampoco viene a demandar una íntegra repetición del juicio ante el Tribunal de apelación, bastando con que el Tribunal Superior pueda controlar la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena en concreto, lo que cabe hacerlo con la actual casación. En el mismo sentido pueden citarse las SSTC 42/82, 76/82 y 60/85, y de esta Sala SSTs 133/2000 de 16 de Mayo, 1822/2000 de 25 de Abril y 867/2002 de 29 de Julio, entre otras muchas...». (F. J. 2º)

### **Valoración de la prueba.**

Recurso: Casación nº 594/2002

Ponente: Sr. Ramos Gancedo

Sentencia nº 352/2003 de fecha: 06/03/2003

«Porque lo que realmente constituye la esencia del recurso es la denunciada arbitrariedad en la valoración de las pruebas que la parte recurrente fundamenta en lo ilógico, absurdo e irracional del resultado valorativo a que llega el Tribunal de instancia según el cual no ha quedado probado que fuera el acusado quien hizo entrega a la testigo del envoltorio de heroína que le fue incautado a ésta.

Las atinadas reflexiones que hace el Ministerio Público recurrente respecto a los artículos 717 y 741 de la Ley Procesal no empecen el hecho de que los elementos probatorios esenciales en el caso presente sobre los que se fundamenta el pronunciamiento absolutorio son las declaraciones testimoniales de los policías autonómicos intervinientes, la testimonial de la joven que portaba el envoltorio de droga y las manifestaciones del acusado, pruebas eminentemente personales para cuya ponderación y evaluación resulta determinante la inmediación con que se practican ante el juzgador, lo que constituye una ventaja irrepetible en el curso del proceso cuando éste llega por vía de recurso de casación o de amparo a esta Sala o al Tribunal Constitucional.

En este trance, no puede esta Sala sustituir la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia y revisar el juicio valorativo de éste a virtud de unas pruebas testimoniales de las que sólo se nos ofrece una síntesis pero que ni hemos presenciado ni, por ello, estamos en disposición de evaluar en todo su contenido, y, en este sentido conviene recordar que las recientes SS.T.C. 167/2002, de 18 de septiembre, 170/2002, de 30 de septiembre, 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002,

de 11 de noviembre de 2.002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia». (F.J. UNICO)

El recurso de casación penal.

a  
r  
u  
t  
a  
c  
i  
d  
u  
j  
a  
l  
e  
d  
l  
a  
n  
o  
i  
c  
a  
N  
o  
j  
e  
s  
c  
o  
C

Este libro se terminó de imprimir  
en los Talleres Gráficos de  
Impresos Múltiples, S.A. de C.V.  
en el mes de Septiembre de 2006  
la edición consta de 1,000 ejemplares.

