

LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL¹

MERCEDES PÉREZ MANZANO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las distintas concepciones sobre el derecho a la doble instancia. III. Fundamento del derecho a la doble instancia penal. IV. Modelos de segunda instancia. 1. Evitar la condena del inocente y doble convencimiento. 2. Control de la corrección del juicio y sometimiento a reglas. V. Hacia el doble grado de jurisdicción. 1. El doble grado de jurisdicción como garantía de cierre del derecho al proceso justo. 2. Ámbito subjetivo del derecho, derecho al recurso y derecho al doble grado de jurisdicción. 3. Doble grado de jurisdicción y conocimiento de las causas penales en primera y única instancia. 4. El control de la determinación de los hechos en el doble grado de jurisdicción. VI. La compatibilidad del modelo de recurso de “apelación limitado” del proyecto de reforma con el derecho al doble grado de jurisdicción.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la doble instancia, doble grado de jurisdicción, in dubio pro reo, recurso procesal.

I. INTRODUCCIÓN

1. El Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de

¹ Este artículo fue publicado inicialmente en España en Diario La Ley núm. 6566-2006; ABREVIATURAS. ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi; art.: artículo; ATC: Auto del Tribunal Constitucional; BOC: Boletín Oficial de las Cortes; CCPR: Covenant on Civil and Political Rights; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; C.E.: Constitución Española; CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; C.I.: Constitución Italiana; EDJ: Estudios de Derecho Judicial; EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention; Fest.: Festschrift; LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; ONU: Organización de Naciones Unidas; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; PJ: Poder Judicial; RCEJAJ: Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia; RDP: Revista de Derecho Procesal; RDyPP: Revista de Derecho y Proceso Penal; REDC: Revista Española de Derecho Constitucional; REDE: Revista española de Derecho europeo; REDF: Revista Europea de Derechos Fundamentales; RGD: Revista General de Derecho; RDP: Revista de Derecho Procesal; RMF: Revista del Ministerio Fiscal; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo.

* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

casación y se generaliza la doble instancia penal –BOC de 27 de enero de 2006–, como indica el propio título que se le ha dado, tiene como finalidad primordial generalizar la doble instancia en los procesos penales². Como también deriva de forma implícita de su título y se expresa con claridad en su Exposición de Motivos, dicha generalización se efectúa mediante la extensión del recurso de apelación frente a toda sentencia penal y la atribución de su conocimiento a Salas especiales de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas³ para los casos en que previamente no existía dicho recurso; de modo que el recurso de casación se reconduce a sus primigéneas funciones –de carácter nomofiláctico y de unificación en la interpretación de la ley–, como había solicitado la doctrina procesalista⁴.

Afirma literalmente la Exposición de Motivos⁵, *“la reforma procesal se orienta, de un lado, a culminar la generalización de la segunda instancia penal que, iniciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, diseña el procedimiento a seguir para satisfacer las exigencias derivadas del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, ante las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del citado precepto. Y, de otro, la reforma se concreta en adaptar el recurso de casación a la puesta en marcha de la doble instancia penal, pues si todos los asuntos son susceptibles de un doble enjuiciamiento, la casación debe dejar de ser una ‘casación ampliada’ y debe ceñir su ámbito al propio de un recurso extraordinario con finalidad unificadora”*.

De estas afirmaciones deriva el reconocimiento de que el recurso de casación en su actual interpretación jurisprudencial va más allá de sus funciones clásicas, habiéndose convertido en una casación ampliada, no obstante lo cual el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha declarado el incumplimiento del Estado español de las exigencias derivadas del art. 14.5 del PIDCP. Si no queremos partir de que la reforma legal tan sólo pretende engrosar el caudal de la legislación simbólica, parece que el legislador asume que, más allá de los déficits de las resoluciones judiciales que merecieron el reproche del Comité de Derechos Humanos

² Como es sabido la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ya alude a dicha generalización de la doble instancia, asignando la competencia a los órganos judiciales, aunque dichos órganos no se han creado todavía. En la Exposición de Motivos de esta ley ya se afirma que “en el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal”.

³ Dicha atribución se efectuó ya en la LO 19/2003.

⁴ Cfr. por todos con amplias referencias VECINA, Javier, *La casación penal. El modelo español* (Madrid, 2003), pp. 160 y ss.

⁵ VI.1.

de la Naciones Unidas⁶, la regulación del modelo de recursos frente a sentencias condenatorias penales no se ajusta al entendimiento del derecho del condenado a la revisión de su condena por un tribunal superior.

2. Para la satisfacción de las exigencias de esta disposición –art. 14.5 PIDCP– que establece, en su versión en castellano, que “*toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley*”, se articula un recurso de apelación limitada entre cuyos motivos de impugnación no se encuentra el error en la valoración de la prueba, sino que los únicos motivos que pueden fundamentarlo son la infracción de la presunción de inocencia, de garantías procesales, de norma constitucional o legal, y la aparición de un hecho nuevo. En declaración de la Exposición de Motivos de dicho Proyecto de Ley Orgánica, “*se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano ‘a quo’ y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la conducta se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable*”.

Por consiguiente, el recurso establecido no habilita para una nueva instancia plena, lo que supondría la nueva sustanciación del proceso ante un órgano judicial superior que conociera sin restricciones de todas las cuestiones planteadas en la primera instancia con las mismas posibilidades de conocimiento, y, en consecuencia, la misma posibilidad de practicar pruebas que en la primera instancia. Pero, además, tampoco supone la generalización del modelo actualmente vigente, de apelación limitada⁷, pues en el modelo vigente cabe recurrir por error en la valoración de las pruebas y no en el modelo de la reforma. De modo que, sin realizar mayores precisiones, se puede ya advertir que el legislador parte en la reforma proyectada de una concepción limitada de la revisión de la declaración de culpabilidad en su aspecto fáctico. Pasaremos, cuando la reforma entre en vigor, de una casación

⁶ Afirma con razón IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio (Madrid, 2004), pp. 64, 169, 181, que el Comité de Derechos Humanos examinó el concreto proceder de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en los casos que se le presentaron, de modo que, con independencia de si en abstracto la interpretación amplia del recurso de casación permite realizar la revisión de la declaración de culpabilidad exigida por el art. 14.5 PIDCP, lo relevante es si en concreto la revisión realizada en un determinado recurso se ajusta o no a dichas exigencias.

⁷ Sobre el modelo actual, por todos FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, El razonamiento de los tribunales de apelación (Madrid, 1990), p. 31. Sobre las escasas diferencias entre la casación actual como “casación ampliada” y la apelación actual como “apelación restringida”, por todos, BACIGALUPO, Enrique, Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada “doble instancia”), en *AP 12* (2002), pp. 283 y ss.

ampliada en virtud de la interpretación jurisprudencial a una apelación aún más limitada que la actual en virtud del tenor de la nueva legislación procesal.

Para ponderar la reforma legal desde la perspectiva de su eventual idoneidad para satisfacer las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP, más allá de la pura cuestión nominalista de si el recurso constituye una “casación ampliada” o una “apelación limitada”, resulta necesario reflexionar sobre el fundamento del derecho a someter a revisión la condena penal ante un tribunal superior, pues la cuestión nuclear no es sólo si con este modelo de revisión de las condenas penales se satisfacen las exigencias mencionadas, sino si la instauración de este modelo de recurso de apelación efectuado por el proyecto de reforma procesal está en condiciones de servir de garantía al ciudadano⁸. La cuestión es entonces la siguiente: si es patente que mediante el recurso de casación, incluso en su versión ampliada, se accede a un control limitado sobre la determinación de la declaración de hechos probados –la declaración de culpabilidad en sentido fáctico– realizada en primera instancia; si es también evidente que la reforma proyectada establece límites a la revisión que el órgano de apelación puede realizar sobre la declaración fáctica efectuada en primera instancia; ¿es posible satisfacer las exigencias del derecho a la revisión de la condena por un tribunal superior, sirviendo de garantía al ciudadano, sin instaurar una nueva instancia plena, esto es, con un recurso que permite sólo excepcionalmente la proposición de pruebas o su nueva sustanciación y que no habilita para revisar el error en la valoración de la prueba? Anticipo que mi respuesta es positiva; paso a exponer las razones que avalan mi respuesta.

II. LAS DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

1. La Exposición de Motivos del proyecto de ley se refiere, sin citarlas en concreto, a las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que declaran el incumplimiento de España de este precepto. La más conocida de las resoluciones es, seguramente, el Dictamen del asunto *Gómez Vázquez c. España*, de 11 de agosto de 2000⁹, que declaró que se había vulnerado el art. 14.5 de dicho Pacto al entender que la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1993, emitida tras el recurso de casación instado

⁸ Al margen de que resulta necesario examinar cuál es el alcance del art. 14.5 PIDCP, pues puede ser que en las declaraciones de la Exposición de Motivos se presente como “deber lo que, en realidad, es mera conveniencia”, AGUILERA MORALES, Marien, El art. 14.5 PIDCP y la generalización de la doble instancia penal. Comentario a la Comunicación N° 1101/2002 del Comité de Naciones Unidas de 5 de noviembre de 2004, en *REDF 4* (2004), p. 139.

⁹ Este dictamen y el resto que se citen, se cita por la fecha de publicación que las identifica en <http://www.unchr.ch/tbs/doc>, y no por la fecha en la que se reúne el citado Comité para debatirlo y adoptar la decisión. A dicho dictamen sí se refiere expresamente la Exposición de Motivos de la Ley N° 19/2003 de reforma de la LO del Poder Judicial.

por el condenado, no constituyó una revisión de la declaración de culpabilidad en los términos requeridos por este derecho.

Este Dictamen generó una cierta sorpresa en el entorno jurídico español, a pesar de que si se repara en el contenido de los dictámenes emitidos por dicho Comité en otros casos y en el de las Observaciones finales de dicho Comité sobre España realizadas en el 56° período de sesiones de fecha 3 de abril de 1996, la sorpresa debería haber sido menor. Así respecto de estas últimas, en el epígrafe dedicado a sugerencias y recomendaciones, el Comité instó encarecidamente “al Estado Parte a que instituy[era] el derecho de apelación de los fallos de la Audiencia Nacional a fin de cumplir los requisitos previstos en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”¹⁰. Implícitamente esta declaración estaba afirmando que el recurso de casación español, frente a las condenas dictadas por la Audiencia Nacional, no cumplía los requisitos del art. 14.5 del PIDCP.

2. Esta declaración se concretó en el caso *Gómez Vázquez c. España*¹¹. En dicho caso, la queja relativa a la violación del art. 14.5 del PIDCP se sustentó básicamente en que el recurso de casación no permitió la revisión del fallo condenatorio y la pena en el sentido del citado, artículo ya que sólo puede ser interpuesto por razones jurídicas muy limitadas y sin posibilidad de que el tribunal de casación efectúe una nueva evaluación de las pruebas. El Dictamen del Comité en su párrafo 11.1 sostuvo que “*al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El*

¹⁰ Se refiere sólo a los fallos de la Audiencia Nacional, por cuanto las denuncias iban referidas al enjuiciamiento de delitos de terrorismo. La recomendación utiliza la expresión en castellano “derecho de apelación”, porque se traduce del inglés *right of appeal*.

¹¹ Sobre el dictamen en el caso se han publicado numerosos comentarios y estudios que lo toman en consideración, entre otros, FAIREN GUILLÉN, Víctor, Apresurado comentario al ‘informe’ o ‘exposición’ del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el caso *Gómez Vázquez c. España*, en *PJ 60* (2000), pp. 225 y ss.; JAÉN VALLEJO, Manuel, La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales. (Nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20-7-2000), en *AJA 453* (2000), pp. 1 y ss.; MAZÓN COSTA, José Luis, La casación española incumple el derecho a la segunda instancia penal del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en *AJA 457* (2000), pp. 5 y ss.; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español, en *Tribunales de Justicia 2* (2001), pp. 38 y ss.; FONT SERRA, Eduardo, La exigencia de la doble instancia en el proceso penal, en *RCEJAJ 1* (2002), pp. 5 y ss.; PULIDO, Manuel, La ejecución del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre revisión de condena penal ante la Sala Segunda del TS, en *AJA 11* (2004); IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, ob. cit.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La segunda instancia penal (Navarra, 2005).

*Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, ..., limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto*¹².

En parecidos términos se mantuvo el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en los Dictámenes por él emitidos en los casos J. Semey c. España, de 19 de septiembre de 2003, § 9.1, M. Sineiro Fernández c. España, de 19 de septiembre de 2003, § 7, J. M. Alba Cabriada c. España, de 15 de noviembre de 2004, §§ 7.2, 7.3, 7.4 y 8 y A. Martínez Fernández c. España, de 29 de marzo de 2005. El fundamento de estos dictámenes reside sustancialmente en que el Tribunal Supremo en las resoluciones impugnadas declaró que no formaba parte de sus funciones “una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena”, de modo que el Comité de Derechos Humanos no examinó si esta declaración se había utilizado más bien de forma retórica y había procedido el Tribunal Supremo, no obstante, a efectuar algún tipo de revisión de la valoración de la prueba.

3. Si bien son muchos los interrogantes que suscita la literalidad del art. 14.5 PIDCP¹³, de manera que su redacción da pie a efectuar interpretaciones restrictivas del mismo¹⁴, sin embargo, de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, deriva una interpretación amplia del contenido del derecho que explica la declaración efectuada por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Gómez*

¹²Tras declarar que los hechos revelan la violación del Pacto (párrafo 12) afirmó (párrafo 13) que “[d]e conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas”. Finalmente, en el párrafo 14 se otorga a España un plazo de noventa días para remitir información al Comité sobre las medidas adoptadas para aplicar el Dictamen teniendo en cuenta que España ha aceptado la competencia de dicho Comité y que, en virtud del art. 2 del PIDCP, “el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sometidos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación”.

¹³Toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo previsto en la ley.

¹⁴Sostiene Montero que este artículo se explica conociendo el modelo anglosajón y norteamericano en el que frente a una Sentencia absolutoria no cabe recurso, MONTERO, Juan, Principios del proceso penal (Valencia, 1997), p. 168, ya antes en MONTERO, Juan, Los recursos en el proceso ante el Tribunal del jurado (Granada, 1996), pp. 22 y ss., al no diferenciarse ambos trabajos se citará en adelante sólo Principios del proceso penal. Realiza una interpretación restrictiva en el sentido de que no exige una doble instancia plena, pese a lo que sostiene que el derecho al recurso lo tienen también las partes acusadoras incluso frente a una sentencia absolutoria (pp. 170 y ss., 172).

Vázquez c. España. Así, en el Dictamen del Comité en el caso *Domukovsky y otros c. Georgia*, de 29 de mayo de 1998, en su párrafo 18.11. declaró que someter el fallo condenatorio y la pena (“conviction and sentence”, “déclaration de culpabilité et la condamnation”) a un tribunal superior implica “evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio”, de manera que no resulta suficiente que el recurso posibilite la revisión de las cuestiones de Derecho¹⁵. En dicho Dictamen se declara: “El Comité observa que, de conformidad con la información que obra en su poder, los autores no podían apelar el fallo condenatorio y la pena, pero que la ley prevé únicamente una revisión judicial, que aparentemente se realiza sin una audiencia pública y versa únicamente sobre cuestiones de derecho. El Comité opina que esta clase de revisión no reúne los requisitos previstos en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, en que se requiere una evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio y que se vulneró esta disposición respecto de cada uno de los autores”. Por consiguiente, parece que hace falta vista pública en la segunda instancia para efectuar la revisión de la prueba que debe ser plena.

Esta comprensión amplia sobre el alcance y contenido del derecho no sólo pone en cuestión el modelo de casación español aún vigente, sino seguramente también el modelo de recurso de apelación español todavía vigente en el que, como es sabido, no se admite de forma ilimitada ni la proposición de nuevas pruebas, ni su práctica en nueva vista oral en la segunda instancia¹⁶. A mayores, esta comprensión amplia

¹⁵De otra opinión sobre el alcance del art. 14.5 PIDCP, MONTERO, Juan, Principios del proceso penal, ob. cit., p. 185. La STC 116/2006, de, FJ cita varias Decisiones de inadmisión o Dictámenes del Comité de Derechos Humanos para fundamentar que lo razonado en el asunto Gómez Vázquez no es la única interpretación del alcance del art. 14.5 PIDCP. La más relevante de las citadas en dicha sentencia es la Decisión de inadmisión de 29 de marzo de 1995, asunto *Perera c. Australia*, cuyo § 6.4. declara “en cuanto a la reclamación del autor acerca de la revisión del fallo condenatorio dictado contra él, el Comité observa que del veredicto del Tribunal de Apelación en lo Penal, de fecha 4 de julio de 1986, se desprende que dicho Tribunal evaluó las pruebas contra el autor y las instrucciones dadas por el juez al jurado respecto de esas pruebas. El Comité observa que el párrafo 5 del artículo 14 no requiere que el Tribunal de Apelación proceda a una nueva vista de los hechos, sino que evalúe las pruebas presentadas durante el juicio y la forma en que se desarrolló éste”.

¹⁶Cfr. art. 790.3 y 5 LECrim. Con toda la razón sostiene el ATS de 14 de diciembre de 2001, FJ 6, que aunque se admitiera la pretensión del Sr. Gómez Vázquez de tener acceso a los recursos existentes en el procedimiento abreviado, esto es, al recurso de apelación, ello no implicaría que la revisión obtenida por esta vía hubiera sido más amplia que la que permite el recurso de casación, dadas las limitaciones del art. 790 LECrim. y dado que el recurrente no había alegado nunca las infracciones contenidas en el entonces art. 795.3 LECrim. a los efectos de justificar la práctica de nuevas pruebas. Por tanto, con independencia de que el dictamen se refiera a un caso concreto y al tipo de revisión efectuada en ese caso por el Tribunal Supremo, mucho más parca de lo que la regulación legal permite, es difícil sostener que el recurso de casación permite una nueva valoración de la prueba, que no es exactamente lo mismo que revisar la valoración de la prueba realizada por otro órgano judicial. Ya advirtió IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, ob. cit., pp. 22 y s., que defender la corrección del Dictamen en el caso *Gómez Vázquez*

del derecho no encaja tampoco con el modelo de recurso de apelación limitada que se instaura con el Proyecto de Ley Orgánica comentado, pues a pesar de introducir un recurso que se denomina de apelación no permite ni plantear el error en la valoración de la prueba ni solicitar nuevas pruebas en la segunda instancia o realizar vista oral en dicha instancia en casos distintos a los que ya se prevé en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A pesar de la serie de Dictámenes citados, parece que la tendencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al examinar las quejas frente a España ha empezado a cambiar, pues las comunicaciones presentadas están siendo inadmitidas con base en que la revisión efectuada en concreto por el Tribunal Supremo y/o el Tribunal Constitucional en cada uno de los casos sería suficiente revisión de la declaración de hechos probados y de la prueba. Así, en las Decisiones de 10 de mayo de 2005, *Parra Corral c. España*, de 16 de agosto de 2005, *Bertelli Gálvez c. España* y *Cuartero Casado c. España*, de 21 de noviembre de 2005, *Carballo Villar c. España*, de 24 de abril de 2006, *Herrera Sousa c. España* y de 26 de abril de 2006, *J. Semey c. España*.

4. Sin perjuicio de que este cambio conduce a pensar que la cuestión central ha dejado de ser si el modelo legal de recurso de casación español es compatible con las exigencias del art. 14.5 PIDCP, sino que se trata de examinar si la resolución judicial concreta ha efectuado la revisión requerida por dicha disposición, es lo cierto que la comprensión amplia del derecho, no es la única posible como deriva del hecho mismo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos han efectuado una interpretación diferente y más restrictiva del derecho a la doble instancia a partir de unos preceptos que reconocen el derecho con un alcance diferente al del art. 14.5 PIDCP.

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no recogía en su primitiva redacción el derecho a someter la condena penal a un tribunal superior, el Protocolo núm. 7 en su artículo 2 sí lo reconoce, aunque con excepciones¹⁷:

“1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal

no conduce automáticamente a negar la virtualidad de la casación para efectuar la revisión de la declaración de culpabilidad que comporta este derecho, pues el Tribunal Supremo no hizo uso de todas las posibilidades que le brindaba su concepción amplia del recurso de casación.

¹⁷ Señalando que la diferencia más notable entre el art. 14.5 del Pacto y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo reside en la admisión de excepciones en el Protocolo, TRECHSEL, Stefan, *Das verfluchte siebente? Bemerkungen zum 7 Zusatzprotokoll zum EMRK*, en NOWAK, Manfred, STEUERER, Dorethea y TRETTER, Hannes (eds.), *Festschrift für Felix Ermacora: Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte. Progress in the Spirit of Human Rights* (1995); VAN DJIJK, Pieter y VAN HOOFF, Godefridus, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed. (Boston, 1990), pp. 510 y s.; STAVROS, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of European Convention on Human Rights* (Boston, 1993), pp. 269 y s.

superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán en la Ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la Ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.

El Protocolo ya ha entrado en vigor, por lo que el derecho a la doble instancia tal como aparece en el art. 2 del Protocolo constituye uno más de los derechos reconocidos por el Convenio. Ahora bien, los derechos contenidos en el Protocolo sólo pueden ser aplicados en relación con las demandas presentadas contra los Estados que lo hayan ratificado, de manera que, en la medida en que España, aunque ha firmado el Protocolo, no lo ha ratificado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede aplicarlo cuando España sea parte demandada¹⁸. Por consiguiente, el contenido del derecho a la doble instancia todavía hoy respecto de España deriva del art. 6.1 CEDH, sin tener en cuenta el citado Protocolo, cuyo conocido texto reza:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de forma equitativa y pública y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación que en materia penal dirija contra ella ...”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando este artículo, ha declarado desde la Sentencia de 17 de enero de 1970¹⁹, caso *Delcourt*, que el Convenio no impone a los Estados la obligación de crear recursos de apelación o de casación, pero que una vez creados en la legislación de un Estado, el recurso no puede sustanciarse dando la espalda a las garantías derivadas del derecho a

¹⁸De cara a la interpretación de esta disposición, también en este caso las reservas efectuadas por algunos Estados Parte pueden ser significativas respecto de su alcance. Así, las de Alemania y Francia en el sentido de la posibilidad de limitar la revisión a los errores de Derecho, o al control de la aplicación de la ley. Igualmente significativa es la reserva de Austria relativa a que pueda entenderse por tribunal superior, tanto un tribunal Administrativo como el Tribunal Constitucional.

¹⁹El conocido texto del párrafo 25 de la Sentencia del caso *Delcourt* reza: “*Ciertamente, el artículo 6 de la Convención no obliga a los Estados Parte a crear recursos de apelación o de casación. Sin embargo, un Estado que se dota de jurisdicciones de esta naturaleza tiene la obligación de velar porque los justiciables gocen ante ella de las garantías fundamentales del artículo 6 (...). Graves consecuencias derivarían de la solución contraria. En una sociedad democrática en el sentido de la Convención, el derecho a una buena administración de justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del artículo 6 par. 1 no se correspondería con la finalidad y el objeto de esta disposición”.* A continuación el TEDH examinó si el Tribunal de Casación había sido imparcial o no. La doctrina ha sido reiterada, por ejemplo, en la Sentencia de 14 de diciembre de 1999 (caso *Khalfouli*) párrafo 37.

un proceso justo (art. 6.1 Convenio). Si bien esta obligación de que el recurso se sustancie con respeto de las garantías inherentes a un proceso justo podría haberse interpretado en el sentido de que también el recurso de casación debiera pronunciarse sobre los fundamentos fácticos de la acusación y con desarrollo de nueva vista oral, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que ambas constituyen garantías del juicio justo en materia penal de conformidad con el art. 6.1 CEDH, sin embargo, se ha admitido implícitamente que no se efectúe dicha revisión fáctica y que, en la medida en que no se realiza una revisión de los hechos (de la declaración de culpabilidad), es posible que el recurso se sustancie sin vista oral²⁰. En este contexto, para los Estados la opción entre una revisión amplia de la declaración de culpabilidad y la pena mediante la sustanciación del recurso de apelación y una revisión limitada a través del recurso de casación es, en principio, legítima en el seno del Convenio Europeo²¹.

5. De la comparación de los textos del art. 14.5 del PIDCP y de los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo 7 de dicho Convenio, así como de las interpretaciones realizadas por los organismos internacionales deriva que la comprensión del derecho a someter la condena penal a la revisión de un tribunal superior es netamente distinta en ambos. Si el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas tiene una concepción amplia del mismo, fundada en la literalidad del art. 14.5 del PIDCP, el Tribunal Europeo y la Comisión Europea de Derechos Humanos tienen una visión restrictiva del derecho, partiendo de su inicial falta de reconocimiento en el Convenio y de la forma restrictiva en que se contempla en el art. 2 del Protocolo 7.

Ante esta situación, lo que resulta realmente sorprendente es que, a la luz de la legislación procesal penal española todavía vigente, el Estado español no haya

²⁰ En el caso *Ekbatani*, Sentencia de 26 mayo de 1988, párrafo 31 se sostiene que “*la falta de vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se haya celebrado en la primera. Así, en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación, o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho se cumplirán los requisitos del artículo 6, aunque el Tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente*”. Aunque sea éste el caso más conocido, esta STEDH cita otras anteriores en relación con la conformidad con el Convenio del recurso de casación al sustanciarse sin vista oral; así, los casos *Axen v. República Federal Alemana*, Sentencia de 8 de diciembre de 1983, párrafo 28; *Sutter v. Suiza*, Sentencia de 22 de febrero de 1984, p. 30, y *Monnel y Morris v. Gran Bretaña*, Sentencia de 2 de marzo de 1987, párrafos 54, 56, 58. En relación con la necesidad de que la revisión de la declaración de la culpabilidad se realice con nueva vista oral, se reitera la doctrina *Ekbatani*, por ejemplo, en la STEDH 25 de marzo de 1998, caso *Belziuk v. Poland*, párrafos 37 y 38. Con base en ellas el Tribunal Constitucional dictó la conocida STC 167/2002, de 18 de septiembre.

²¹ A la misma conclusión se llega teniendo en cuenta que se ha declarado también que las condiciones de admisión del recurso de casación pueden ser más duras que las del recurso de apelación (caso *Delcourt*, párrafo 26).

optado por desvincularse del art. 14.5 PIDCP en su interpretación amplia utilizando al efecto alguna de las vías que el Derecho de Tratados establece, como, en su caso, la denuncia parcial del Pacto. También sorprende²² que España no haya ratificado aún el Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues esta ratificación dotaría de mayor fuerza vinculante la comprensión restringida del derecho que tiene el art. 2 del mismo; ya que, de conformidad con la Constitución, el art. 14.5 del PIDCP forma parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE) y sirve de pauta interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución (art. 10.2 CE), mientras que el art. 2 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos todavía no forma parte del ordenamiento interno, puesto que no ha sido ratificado por el Estado español.

En tal contexto no puede desconocerse que, al margen de los dictámenes citados, son especialmente relevantes los emitidos por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en los asuntos *Terrón c. España*, de 15 de noviembre de 2004, § 7.4²³ y *Gomáriz Varela c. España*, de 26 de agosto de 2005, § 7, pues en ambos se declaró la vulneración del art. 14.5 PIDCP; en el primer caso se trataba de una condena en única instancia ante el Tribunal Supremo y en el segundo de una primera condena producida en segunda instancia tras haber sido absuelto en la primera instancia. Es decir, se trata de la declaración expresa del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de que las dos excepciones admitidas por el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos son incompatibles con el art. 14.5 PIDCP.

Pero antes de tomar una decisión al efecto, sobre la eventual desvinculación del art. 14.5 PIDCP o la ratificación del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es, a mi entender, urgente, a la vista de la reforma proyectada y de la declaración efectuada por la Exposición de Motivos del proyecto, reflexionar sobre el fundamento del derecho, como cuestión previa e ineludible para tomar partido por un modelo de recursos u otro en materia penal, pues la desvinculación del art. 14.5 PIDCP sólo puede realizarse con buenas razones que permitan justificar ante los ciudadanos que tal desvinculación no redunda en una pérdida de garantías constitucionales.

²² De “chocante” califica SAIZ ARNAIZ, Alejandro, El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional, en *REDE 5* (2003), p. 130, que el Tribunal Constitucional haya utilizado a efectos interpretativos el art. 2 del Protocolo 7 al no tratarse de una norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

²³ Cfr. infra 5.3.

III. FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL

1. Con carácter general se afirma que los recursos y el correlativo derecho a acceder a ellos se sustentan en una doble finalidad. En primer término, los recursos sirven o contribuyen a la mejor satisfacción de las pretensiones de las partes al establecer una segunda oportunidad para que puedan ver colmada su pretensión²⁴. De otra parte, constituyen una garantía del sometimiento a la ley de la actuación jurisdiccional, de modo que garantizan la aplicación del Derecho²⁵. En estas ideas aparecen ya los dos modelos que, de forma contrapuesta o complementaria, sirven para explicar la necesidad de una segunda instancia penal, o de los objetivos que se pretenden cumplir: garantizar el derecho –subjetivo– de las partes y garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico, esto es, la aplicación del Derecho –objetivo–.

De forma más específica, en relación con la exigencia de segunda instancia penal, se suele afirmar que mediante la doble instancia penal se trata de evitar los errores judiciales²⁶, aludiendo de forma genérica a la falibilidad humana²⁷ como causa natural de la posibilidad de incurrir en errores al juzgar una imputación penal. Esta idea se expresa también desde otras perspectivas, conectando el error con el derecho de los justiciables a la impugnación de las decisiones judiciales, de modo que este derecho se manifestaría “*como medio reforzado de sus garantías de defensa al estar encaminado a obtener, en su caso, la corrección de la injusticia o la ilegalidad de aquellas resoluciones*”²⁸.

²⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal, en *El proceso penal en el Estado de Derecho* (Lima, 1999), pp. 191 y s.

²⁵ Cfr. por todos FERRAJOLI, Luigi, I valori del doppio grado e della nomofilachia, en *Materiali e atti N° 29* (Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni), en *suplemento a Democrazia e diritto 1* (1992), pp. 31 y s., sostiene que “*el doble grado es al tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Y se conecta directamente con el valor de la independencia... En ausencia de doble examen el principio de imparcialidad y de sujeción de los jueces a la ley quedaría privado de garantía en cuanto a la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurables y reparables en un segundo grado de juicio*”. También CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La segunda instancia penal, ob. cit., p. 165.

²⁶ Por todos, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal* (Madrid, 1955), pp. 328 y s.; MONTERO, Juan, *Principios del proceso penal*, ob. cit., p. 165.

²⁷ Cfr. ARANGÜENA, Coral, Proceso penal y doble instancia, en *Justicia 1* (1994), p. 50; HINOJOSA, Rafael, Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial relevancia a la doctrina del Tribunal Constitucional, en *RDP 1999-2*, p. 313; MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, El derecho al recurso en el proceso penal. La doble instancia penal (estudio doctrinal y jurisprudencial), en *Revista de Derecho y Proceso penal 5* (2001), p. 116; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La segunda instancia penal, ob. cit., p. 41.

²⁸ GARCÍA PÉREZ, Juan, Proceso penal y doble instancia, en *La reforma del proceso penal* (Madrid, 1989), p. 647.

2. Si bien todo lo anterior es cierto, no lo es menos que con dichos razonamientos sólo tenemos una vaga impresión de cuál es la razón de que se entienda que la revisión de la condena aporta garantías al ciudadano. Para la profundización en dicha idea conviene realizar una diferenciación entre las distintas concepciones del error judicial. Cuando se alude al error, la injusticia o la ilegalidad de la decisión judicial, se suelen utilizar estas expresiones bien para calificar el resultado como erróneo, bien para calificar el procedimiento.

En la acepción más común o vulgar el término error alude a la discordancia entre lo declarado en juicio respecto de lo realmente acaecido, de manera que el error judicial consistiría en haberse efectuado una declaración de culpabilidad cuando en realidad el condenado es inocente, o haberse formulado una calificación jurídica de los hechos que no se corresponde con los hechos realmente acaecidos, o con la declaración de hechos probados, de modo que respecto de dicha concreta condena que expresa la calificación jurídica, el condenado es inocente. Por tanto, el error, en esta acepción, señala el *resultado* del enjuiciamiento.

Desde una óptica diferente, el error o la injusticia de la decisión se vincularía con una declaración de culpabilidad incorrecta en cuanto contraria a la legalidad²⁹; esto es, que no se ajusta a la correcta aplicación de las normas, bien porque se sustenta en una incorrecta selección e interpretación de las normas, bien en una incorrecta aplicación de las normas al caso. Desde esta perspectiva el error apunta hacia el *procedimiento* de enjuiciamiento.

De ambas concepciones considero más correcta la segunda, esto es, la que entiende que una declaración de culpabilidad es errónea o incorrecta cuando deriva de un procedimiento erróneo en la toma de decisión. Centrándome en la declaración de culpabilidad en su aspecto fáctico, que es la cuestión nuclear en este ámbito, la razón que fundamenta la posición que defiendo es la siguiente: en la medida en que la verdad a la que se accede mediante el procedimiento jurídico probatorio es tan sólo una verdad probable, siempre existe un riesgo residual de condena de un inocente, de modo que es imposible evitar de forma absoluta el resultado erróneo. Por ello, el fundamento de la doble instancia no puede centrarse en evitar el resultado de culpabilidad erróneo. Veamos.

3. El procedimiento probatorio está sometido a reglas y es, por tanto, un proceso formalizado³⁰. Son varias las reglas que rigen la determinación de hechos probados; de un lado, las reglas del proceso debido (art. 24.2 CE), pues en el Estado Constitucional de Derecho no hay más declaración legítima de culpabilidad que

²⁹ Utilizo la expresión en sentido amplio incluyendo las normas constitucionales e infraconstitucionales, tanto procesales de Derecho Penal material, así como otro tipo de reglas necesarias para el enjuiciamiento.

³⁰ Por todos HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal* (Barcelona, 1984), p. 169.

la que deriva de la aplicación de las reglas del proceso debido, que implica, sustancialmente, la posibilidad de alegar y defender los propios intereses, así como contradecir las alegaciones de la acusación, ante un órgano judicial imparcial; de otro, las reglas procedimentales sobre la forma y el tiempo en que las partes pueden desplegar la defensa de sus intereses, así como el marco de actuación judicial; y, finalmente, la tarea de fijar los hechos que se declaran probados en el proceso penal está presidida por el derecho a la presunción de inocencia, que, como es sabido comporta, además de que la carga de la prueba la tiene la acusación, el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas y aportadas al proceso con todas las garantías, a través de las cuales puedan considerarse acreditados, mediante una inferencia que no sea ni ilógica ni excesivamente débil conforme a las reglas de la ciencia y experiencia, todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo³¹. Así enunciado, este derecho tiene un contenido complejo que incluye varias reglas³²: una regla sobre la carga de la prueba, otra referida a las condiciones de validez de las pruebas –la prohibición de que la condena se sustente en pruebas originariamente ilícitas o que deriven en relación de antijuridicidad de pruebas ilícitas³³–, otra referida a las condiciones de validez de la valoración de las pruebas y del debate sobre las mismas –inmediación, contradicción, publicidad y oralidad³⁴–, y una última referida a la suficiencia³⁵ de las pruebas para enervar la presunción de inocencia –que los hechos y la intervención del acusado se hayan acreditado con inferencias que no sean ni ilógicas ni excesivamente débiles–.

4. En estas condiciones, el objetivo del procedimiento probatorio no se identifica como la verdad absoluta, sin perjuicio de que la búsqueda de la verdad cumpla la función de guía del proceso, pues la estructuración del proceso probatorio mediante normas limita la posibilidad de acceder a la verdad. Pero, además, dos elementos inherentes a la prueba jurídica imponen límites al grado de verdad que puede ser

³¹ Así (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

³² STC 136/2006, de 27 de abril, FJ 4 a).

³³ Al menos desde la STC 49/1999, el Tribunal Constitucional ha ido entendiendo de forma expresa que valorar pruebas ilícitas constituye una vulneración autónoma del derecho al proceso con todas las garantías, lo que significa que la prohibición de valoración de pruebas ilícitas es una garantía del proceso debido.

³⁴ Que también se desgaja en realidad de este derecho y forma parte del derecho al proceso con todas las garantías, cfr. STC 167/2002 de 15 de septiembre y sentencias de aplicación.

³⁵ Que es en sentido estricto la regla consustancial al derecho a la presunción de inocencia, por todos, CAAMAÑO, Francisca, La garantía constitucional de la inocencia (Valencia, 2003), p. 230.

alcanzado en el procedimiento jurídico probatorio; de un lado, el dato relativo a que los hechos a probar tienen la condición de hechos “históricos” –del pasado–; de otro, que el procedimiento probatorio se realice mediante inducciones³⁶. Estas limitaciones se traducen en que la verdad que se alcanza a través del proceso es sólo probable. Como afirma FERRAJOLI³⁷, “*se trate de pruebas o de indicios, la verdad de las conclusiones que pueden ser inducidas de unas y otros es sólo una verdad probable, siendo siempre posible que la conclusión de una inducción sea falsa aunque sean verdaderos los datos enunciados en las premisas*”. Por consiguiente, siempre existe un riesgo residual de condena de un inocente y la declaración de condena puede ser correcta y estar justificada aunque se haya condenado a un inocente.

Ahora bien, de entre las reglas que integran el derecho a la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* impone condiciones al grado de verdad necesario para la condena. El derecho a la presunción de inocencia en su acepción genuina, esto es, la máxima relativa a que la culpabilidad del acusado ha de ser probada más allá de toda duda razonable, integra varias reglas jurídicas, que pueden ser enunciadas de la siguiente forma: los hechos sólo pueden declararse probados a partir de su *conexión* racional con las pruebas³⁸; la conexión que une las pruebas

³⁶ Como sostiene POPPER, Karl, *Conocimiento objetivo, Un enfoque evolucionista* (Madrid, 1974), p. 286, cuando el juez exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad “no le exhorta a decir lo que considera útil, sea para sí mismo, sea para alguien más...”, tampoco le dice que no incurra en contradicciones –lo que debería ser el objeto de su exhorto desde una posición coherentista–; en definitiva, afirma Popper, “no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de ‘verdad’ tal como se emplea en el juzgado”. Entre los procesalistas, por todos, TARUFFO, *La prueba de los hechos* (Madrid, 2002), pp. 21 y ss. Entre los penalistas, HASSEMER, Winfried, *ob. cit.*, pp. 182 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Universidad Pablo Olavide* (Sevilla, 1999), p. 50. Parten de que sólo se trata de la expresión de un ideal, de una aspiración, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 4ª ed. (Madrid, 2000), p. 50; FERRUA, Paolo, *Contraddittorio e verità nel processo penal*, en GIANFORMAGGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo* (Turín, 1993), pp. 230 y ss.; IBÁÑEZ, Andrés, *Acerca de la motivación de los hechos en la Sentencia penal*, en *Doxa 12* (1992), p. 277, sostiene con razón que si el proceso está preordenado a la obtención de una verdad absoluta, “ésta, como fin, podría justificar el empleo de cualquier medio”. Para el ámbito del proceso civil, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, *ob. cit.*, pp. 55 y ss. Sobre la relación teleológica entre prueba y verdad, FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el proceso* (Madrid, 2002), pp. 77 y ss., 80. En general sobre los límites a la posibilidad de alcanzar la verdad en el proceso, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho, Bases argumentales de la prueba* (Barcelona, 1999), pp. 115 y ss.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *ob. cit.*, p. 133.

³⁸ Interpretando la regla del art. 741 LECrim. en este sentido y excluyendo que se pueda construir la relación de hechos probados según la propia voluntad personal del juzgador, por todos, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed. (Madrid, 1987), pp. 276; GIMENO, José Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal* (Madrid, 1981), p. 219, nota 366; VECINA, Javier, *ob. cit.*, p. 97. Las pruebas introducen elementos de confirmación de la veracidad de los enunciados sobre los hechos probados, de modo que el pro-

y el hecho probado ha de ser *suficiente* para despejar toda duda razonable³⁹; si la conexión entre las pruebas y los hechos es insuficiente, rige el principio *in dubio pro reo*⁴⁰, conforme al cual se ha de dictar sentencia absolutoria del acusado; por último, se ha de exteriorizar —*motivar*⁴¹— la fijación de los hechos probados.

La regla que impone la suficiencia de la prueba y la regla que impone la absolución en caso de duda razonable constituyen dos tipos de garantías diferentes; la primera es una garantía epistemológica que impone que el enunciado probatorio en el que se sustenta la condena sea más probable que improbable y la segunda es una garantía de libertad. La regla sobre la suficiencia de la prueba es también una garantía del juicio justo que conecta la corrección del juicio con la justicia de la decisión, pues su finalidad es la de aproximar la realidad descrita en la declaración de hechos probados a la realidad acaecida. Este acercamiento entre los enunciados de los hechos probados y la realidad, la pretensión de veracidad de los mismos y la pretensión de verdad inherente al proceso probatorio en sí, constituye tan sólo una pretensión relativa y no absoluta: la pretensión de encontrar la verdad y, por tanto, de justicia de la decisión, es desde una perspectiva *ex ante* un objetivo que guía el proceso pero no lo determina, y *ex post*, la pretensión de veracidad de la declaración de culpabilidad sólo tiene el sentido de un pronóstico de probabilidad conforme al cual, a partir de las reglas aplicadas, era más probable que improbable que el relato de hechos probados se corresponda con la realidad⁴². Como la certeza

cedimiento probatorio constituye un método similar al científico y en esa medida se entiende que es racional. Para POPPER no existe certeza empírica absoluta, sino que sólo es posible sostener con sentido que las proposiciones empíricas están confirmadas, es decir, que las hipótesis no han sido —aún— refutadas empíricamente, que con los conocimientos y pruebas, están confirmadas, cfr. Conjeturas y refutaciones, pp. 275, 279 y ss.; POPPER, Karl, ob. cit., pp. 53 y ss., 68-65. Sobre las similitudes del procedimiento científico y el probatorio cfr. TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, ob. cit., pp. 246 y ss.

³⁹Sobre la suficiencia de la prueba, por todas, cfr. STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.

⁴⁰Sobre el sentido de esta regla para evitar el *non liquet* cfr. por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 186 y s.

⁴¹Por todas STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2. Por todos, IBÁÑEZ, Andrés, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, ob. cit., pp. 288 y ss.; IGARTUA, Juan, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal (Valencia, 1995); GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 189 y ss.

⁴²Sobre la probabilidad de la proposición que encierra la declaración de hechos probados cfr. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, ob. cit., pp. 65, 129 y ss., 142 y ss.; TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, ob. cit., pp. 177 y ss.; IBÁÑEZ, Andrés, Acerca de la motivación de los hechos en la Sentencia penal, ob. cit., pp. 282 y ss., 283, 286; GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 22, 49; FERRÚA, Paolo, ob. cit., pp. 222 y ss. Cfr. las STC 145/2005, de 6 de junio, se afirma en esta línea que sólo se puede considerar insuficiente la conclusión probatoria “*desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva*

no puede ser absoluta, en caso de duda razonable se debe absolver, de modo que la segunda vertiente del principio *in dubio pro reo* constituye garantía de libertad, pues su finalidad última es evitar la condena de un inocente, aun a riesgo de dejar algún culpable sin condena.

Ahora bien, ciertamente, la hipótesis de condena de un inocente ha de ser más improbable que probable en la medida en que se hayan utilizado correctamente tanto las reglas que rigen la racionalidad de las inferencias que unen las pruebas y los hechos probados como la máxima en caso de duda razonable, absolución. Por ello, entiendo que se trata de límites justificados en la medida en que la probabilidad residual de desajuste entre la declaración de hechos probados y la realidad repercute, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, en la libertad del inocente y, por tanto, porque aumenta la garantía de libertad genérica y contribuye a la efectividad de la máxima del Estado de Derecho conforme a la cual la libertad es la norma y su restricción ha de estar especialmente justificada.

5. Debido a que la verdad procesal es tan sólo una verdad probable no resulta adecuado hablar de la justicia o corrección de la decisión desde la perspectiva del resultado del juicio, sino tan sólo desde la óptica del proceso seguido en la misma. Y por esta razón, el grado de probabilidad siempre existente de que se haya condenado a un inocente no puede eliminarse de forma absoluta mediante la segunda instancia, pues deriva de la naturaleza misma del procedimiento jurídico probatorio. La revisión que se efectúa mediante la segunda instancia sólo puede reducir a límites justificados el riesgo de condena de un inocente. Para ello, la revisión que se realice en segunda instancia debe incluir el control de la presunción de inocencia en su acepción genuina, esto es, sobre el principio *in dubio pro reo*, pues es su correcta aplicación y su revisión la que reduce las posibilidades de condena de un inocente.

6. En suma, desde la tesis que se defiende, una declaración de hechos probados correcta es aquella que deriva de una correcta selección, interpretación y aplicación de las reglas que rigen esta específica función de determinación fáctica, con independencia de que el resultado final se ajuste a la realidad acaecida; es decir, con independencia de que el enunciado fáctico en que consiste se corresponda en términos absolutos con la verdad. Y, en definitiva, el fundamento del derecho a la segunda instancia no puede residir en evitar lo imposible, sino en reducir a límites posibles y tolerables en el Estado de Derecho la condena de un inocente.

objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (más allá de toda duda razonable), bien la convicción en sí" [FJ 5 d)]; en la misma línea STC 263/2005, de 24 de octubre, FJ 2.

IV. MODELOS DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Son dos los modelos de segunda instancia que se apuntan en este ámbito. El modelo del doble convencimiento y el modelo de la instancia de control. El modelo del doble convencimiento toma como punto de partida la noción del error judicial como resultado de culpabilidad errónea y la idea de segunda oportunidad para que el justiciable vea satisfecha su pretensión de quedar absuelto. Esta concepción presupone que al aumentar el número de juicios o instancias jurisdiccionales el acusado aumenta sus probabilidades de mantenerse inocente y obtener una resolución justa. Desde la lógica del doble convencimiento, la segunda instancia debe constituirse como un nuevo juicio idéntico al primero en cuanto a su objeto, procedimiento y garantías; pues, para ser un nuevo convencimiento en sentido estricto, el convencimiento que se exterioriza en la sentencia de segunda instancia debe tener la misma calidad que el emitido en la primera. Y dicha igualdad cualitativa requiere identidad de objeto y procedimiento. Desde esta concepción, la preeminencia del juicio emitido en segunda instancia sólo puede justificarse si se realiza con los mismos instrumentos que la primera instancia y por razón de la jerarquía judicial de quien lo realiza.

Por el contrario, la segunda concepción de la doble instancia se sitúa en la lógica del control del proceso, esto es, en la lógica de la revisión de la actividad jurisdiccional. Bajo esta perspectiva, la segunda instancia se satisface con una nueva instancia jurisdiccional que enjuicie la actividad jurisdiccional desarrollada en primera instancia, de modo que, al tener un objeto diferente al juicio de primera instancia, no requiere la sustanciación de un nuevo juicio idéntico en procedimiento que el ya sustanciado. No se trata de enjuiciar el hecho conforme al Derecho aplicable, sino de efectuar un “juicio sobre un juicio”. El objeto del juicio de primera instancia viene determinado por los hechos a juzgar y la pretensión acusatoria, mientras que el objeto de la segunda instancia es, en esta concepción, el proceso de primera instancia, y su resultado, la sentencia condenatoria, sólo constituye objeto de la revisión en cuanto exteriorización de la justificación de la decisión. En este modelo, la tarea que realiza el órgano que revisa en segunda instancia es distinta de la tarea que implica el enjuiciamiento de los hechos y que conduce a la declaración de culpabilidad y a la imposición de la pena; la posición del juez de segunda instancia ante los hechos y el Derecho no es la de quien juzga en primera instancia, pues sólo se aproxima a los hechos y a la pretensión acusatoria de forma indirecta.

2. Si bien cada modelo puede conectarse con una clase de recurso, el primero con el de apelación y el segundo con el de casación, es lo cierto que el recurso de apelación penal tal como está configurado en la actualidad no responde sólo a la lógica del doble convencimiento ni a la idea de segunda oportunidad en sentido estricto, por cuanto se trata de una apelación limitada en la que, de un lado, se efec-

túa un control de lo realizado en primera instancia, y de otro, se formula un nuevo convencimiento sobre una base limitada, pues no se admiten nuevas pretensiones, ni se reproduce de forma completa la primera instancia, ni existen posibilidades ilimitadas de aportar y admitir nuevos hechos y pruebas⁴³. También el recurso de casación penal se ha transformado pues, aunque se sitúa de forma clara en la lógica del control, ha ido ampliando sus funciones adentrándose en el terreno de la revisión de la determinación de los hechos probados; de un lado, al introducirse como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba basado en documentos (art. 849.2 LECrim.)⁴⁴ y, de otro, a través de la revisión de la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Por ambas vías se introduce un cierto control sobre los hechos, lo que parecía terreno vedado para el recurso de casación que tenía originariamente entre sus características identificadoras no sólo su exclusiva función nomofiláctica, separada de la correcta aplicación del Derecho al caso concreto –y, por tanto, aislada de la realización del derecho subjetivo–, sino sobre todo la prohibición de conocer los hechos⁴⁵.

Con independencia de la denominación del recurso a través del cual se realice la función de revisión del juicio por un tribunal superior, la cuestión nuclear es qué modelo aporta una garantía al ciudadano y por qué y en qué medida se ajustan al derecho a someter a revisión de un tribunal superior la declaración de culpabilidad: el modelo del doble convencimiento o el modelo del control de la actividad jurisdiccional ya desplegada. Veamos sus implicaciones.

⁴³ Por todos FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, El razonamiento de los tribunales de apelación, ob. cit., p. 30; BACIGALUPO, Enrique, Doble instancia y principio de inmediación, ob. cit., pp. 282 y ss. Sobre el acercamiento de ambos modelos, VECINA, Javier, ob. cit., pp. 110 y ss.

⁴⁴ Para NIEVA FENOLL, Jorge, El hecho y el derecho en la casación penal (Barcelona, 2000), pp. 97 y ss., la configuración originaria de la casación española permitía la revisión de los hechos y la reforma de 1933 que introduce el art. 849.2 LECrim. no tuvo el sentido de ampliar el conocimiento hacia los hechos, sino restringir el uso y abuso que del art. 741 LECrim. estaban realizando los tribunales de primera instancia. Para llegar a dicha conclusión se basa en el art. 902 LECrim. y en la interpretación habitual en aquel momento: “*si la Sala casa la resolución objeto del recurso, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda, aceptando los fundamentos de hecho y los de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido objeto del recurso y la parte del fallo con éste compatible, reemplazando la parte casada con la que corresponda según las disposiciones legales en que se haya fundado la casación*”.

⁴⁵ Como es sabido en su origen la casación se concibe como un órgano político de interpretación de la ley, de modo que sólo tenía entre sus funciones controlar la determinación de la premisa mayor del silogismo jurídico –la ley– con exclusión de la revisión de los errores en la determinación fáctica, que se concebía como una función netamente jurisdiccional. Cfr. Sobre la evolución histórica de los modelos de casación, francés y alemán, y del recurso de casación español en cuanto al control de la determinación fáctica, cfr. NIEVA FENOLL, Jorge, ob. cit., pp. 55 y ss., 62 y ss., 69 y ss., 79 y ss.; VECINA, Javier, ob. cit., pp. 27 y ss., 31 y ss., 35 y ss., 67 y ss., 95 y ss.

1. Evitar la condena del inocente y doble convencimiento

Si a través del derecho a la segunda instancia se trata de evitar la condena del inocente, aparentemente puede tener sentido someter la declaración de culpabilidad a un *nuevo convencimiento*⁴⁶; en la medida en que sobre las mismas pruebas distintos jueces pueden llegar a conclusiones diferentes sobre la culpabilidad del acusado, para mayor certeza sobre la corrección de la declaración de culpabilidad puede sostenerse que la condena penal, dada la trascendencia que para la persona y sus derechos conlleva, requiere en todo caso un doble convencimiento. Por las mismas razones un nuevo convencimiento puede garantizar que la condena se ajuste a la legalidad.

Sin perjuicio de la eventual corrección de la idea de que un nuevo convencimiento puede garantizar una mejor aplicación de la legalidad; sin embargo, son varios los problemas que no consiguen superar coherentemente este modelo: no aporta mayor garantía de verdad, no está en condiciones de explicar dos elementos inherentes al derecho a someter la condena a revisión ante un tribunal superior –que el segundo convencimiento se produzca después del primero y que proceda de un tribunal superior– y, finalmente, no encaja con el modelo de recursos frente a condenas dictas por tribunal de jurado.

En primer término, la celebración de un nuevo juicio con nueva práctica de las mismas pruebas, mas otras nuevas no implica mayor garantía en la búsqueda de la verdad⁴⁷, dado que, de un lado, deteriora la primera instancia convirtiéndola en una instancia superficial al saberse los jueces irresponsables, y, de otro, la nueva práctica de la prueba de segunda instancia resulta perjudicada bien por el transcurso del tiempo, bien por la propia práctica de la prueba en primera instancia en el caso de las pruebas personales, que convierte a testigos y acusados en “iniciados”. Y, en todo caso, la verdad aportada por la nueva práctica de las mismas u otras pruebas sólo será probable y la posibilidad de alcanzar mayor grado de verdad dependerá de la racionalidad de las inferencias realizadas, no de que procedan de una nueva instancia.

Esta concepción, además, no está en condiciones de explicar dos elementos inherentes al derecho a someter a revisión ante un tribunal superior la condena; de un lado, no explica por qué resulta necesario que el doble convencimiento se produzca de forma diacrónica ni que el segundo de los órganos judiciales que juzga deba ser superior al primero. Finalmente, no parece compatible con el modelo de

⁴⁶ Siguen este modelo, VEGAS TORRES, Jaime, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. (Madrid, 1993), p. 198; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, La segunda instancia en el proceso penal: doctrina y jurisprudencia (Granada, 2000), p. 43.

⁴⁷ BACIGALUPO, Enrique, Doble instancia y principio de inmediación, ob. cit., pp. 292 y ss., 297, citando las críticas de la doctrina alemana a su modelo de apelación plena.

juicio por jurado como tampoco con el modelo de recurso de apelación previsto en la reforma proyectada, pues ni en uno ni en otro cabe recurrir por error en la valoración de la prueba, cuando es el error en la valoración de la prueba el motivo del recurso a través del cual se habilita para que el juez de segunda instancia emita un nuevo convencimiento sobre la declaración de hechos probados.

a) Esta comprensión del derecho a la doble instancia como necesidad de que la declaración de culpabilidad se sustente en un doble convencimiento, es incapaz de explicar por qué ha de someterse a una revisión posterior un juicio ya emitido y por qué quien realice la revisión deba ser un órgano que ocupe un lugar superior en la jerarquía judicial.

De un lado, si la causa del error es la, tan vaga como irrefutable, falibilidad humana, el mayor número de los juzgadores reduce los riesgos de error y ese doble, triple, múltiple convencimiento, se lograría también aumentando el número de los componentes del órgano judicial que juzga en primera instancia, es decir, sustituyendo el juez unipersonal por un tribunal colegiado. La mayor certeza sobre la cuestión de que la declaración de culpabilidad se corresponde con lo realmente acaecido puede alcanzarse simplemente con una composición colegiada del órgano judicial o con un colegio más numeroso. A estos efectos no parece que la superioridad del órgano que juzga con posterioridad añada un plus de garantías, a pesar de que la superioridad del órgano lleva aparejada, dada la organización judicial, que se presuponga que sus componentes sean más doctos que los jueces de tribunales inferiores, o al menos, tengan mayor experiencia profesional, pues para formular un segundo juicio que exprese un nuevo convencimiento sobre los hechos tan idóneo es un juez lego, como un juez que inicia su carrera profesional, como, finalmente, un juez del Tribunal Supremo⁴⁸. La sabiduría, la técnica y la experiencia profesional son instrumentos aptos para formar un *mejor* convencimiento, pero no para un *nuevo* convencimiento. Si de lo que se trata es de alcanzar una mayor calidad en el juicio y ésta se logra con jueces con mayor capacidad técnica y experiencia profesional, bastaría con situar estos jueces en tribunales colegiados que conozcan de la primera instancia⁴⁹; por lo que este criterio no resulta válido como fundamento de la necesidad de la segunda instancia.

Tampoco explica por qué debe hacerse un control posterior de la decisión, pues el intercambio de pareceres en unidad de acto entre los magistrados que componen el colegio es un procedimiento al menos tan fructífero como el examen sucesivo del caso por distintos jueces o colegios. Así, la reflexión conjunta y el intercambio de

⁴⁸ Sostiene IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, ob. cit., pp. 92 y s., que el juez de segunda instancia tiene más posibilidades de acceder a una resolución más justa o correcta, por dos razones, bien porque es más docto, bien por el método que emplea.

⁴⁹ Con independencia de que esto obligara a una reorganización de la organización judicial.

opiniones por quienes han presenciado en el mismo tiempo y lugar el juicio oral es, sin duda, un procedimiento de determinación de los hechos y aplicación del Derecho que se muestra más sólido e idóneo para servir de garantía que el examen individual, estático y sucesivo del caso⁵⁰. En efecto, el intercambio en unidad de acto de pareceres implica el planteamiento de una tesis y la formulación de objeciones, réplicas y contrarréplicas argumentales, en principio, ilimitadas, salvo por el límite inherente a la obligación de juzgar en plazo razonable –prohibición constitucional de dilaciones indebidas– y el implícito a la prohibición de *non liquet*; por el contrario, el intercambio de opiniones de forma sucesiva y estática limita las posibilidades de contraargumentación de la instancia inferior respecto de los argumentos de la superior, lo que, desde la perspectiva del método en sí, redundaría en inferiores posibilidades de alcanzar una solución correcta, pues el tribunal superior no es inmune a la falibilidad humana, como no lo son las personas que lo integran.

b) En segundo lugar, como es sabido, no cabe revisar la valoración de la prueba realizada en juicio por jurado. Dicha imposibilidad no significa que no sea posible efectuar alguna revisión o someter a control la determinación de los hechos efectuada por un tribunal de jurado, sino tan sólo que el control que se efectúe no implica un nuevo o doble convencimiento sobre la culpabilidad del acusado⁵¹, pues no se revisa la decisión en sí misma, el veredicto de culpabilidad como resultado. Para ser coherente con el sistema legal del jurado, esta concepción de la doble instancia ha de aceptar bien que el pueblo no se equivoca al impartir justicia, bien que los eventuales errores que se puedan cometer por el jurado deben ser asumidos como inevitables. Pues bien, si la causa del error es la falibilidad humana, no se puede asumir que el tribunal del jurado no se equivoque, por lo que esta concepción no encaja con la imposibilidad de recurrir una decisión del jurado por error en la valoración de la prueba. De otra parte, la asunción como inevitables de los eventuales errores fácticos cometidos por el jurado debe sustentarse en algún fundamento razonable. El modelo de juicio por jurado se basa en la idea de que el pueblo es soberano al impartir justicia, de modo que sobre potestades soberanas no cabe

⁵⁰ Desde esta perspectiva debe entenderse, en mi opinión, la tesis del Tribunal Constitucional de que una resolución dictada por el tribunal colegiado constituye una mayor garantía, cfr. STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 6.

⁵¹ De otra opinión, GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., p. 679, quien sostiene que ha de limitarse el recurso “al estricto ámbito del material jurídico”, sin que quepa la revisión de la declaración de culpabilidad. Si bien se ha sostenido que el art. 14.5 del PIDCP se explica por la influencia del modelo anglosajón y norteamericano de juicio por jurado, ello no es enteramente así, pues en ese sistema no cabe una revisión de la declaración de culpabilidad como la que los intérpretes del Pacto exigen. En el modelo norteamericano sólo se puede revisar la constitucionalidad del procedimiento conforme al cual se ha llegado a la declaración de culpabilidad. Cfr. MONTERO, Principios del proceso penal, ob. cit., pp. 168 y s.

control alguno. Dicho de otro modo, no puede otorgarse mayor peso a la valoración de las pruebas realizada por un jurado que a la de otro, ni tampoco a la efectuada por un tribunal técnico sobre la efectuada por un tribunal lego como es el jurado⁵². Ahora bien, si en el Estado Constitucional de Derecho todos los poderes están sometidos a control, en un juego de poderes y contrapoderes, si incluso el poder legislativo es “controlado” por el Tribunal Constitucional, ¿cómo puede defenderse el carácter soberano del jurado al emitir el veredicto? La soberanía del jurado no puede, entonces, por sí misma, erigirse en razón suficiente de la imposibilidad de recurrir por error en la valoración de la prueba, al menos en este modelo en el que el derecho a la revisión de la condena parece encontrar fundamento en la necesidad de evitar errores judiciales mediante el sometimiento de la declaración de culpabilidad a un doble convencimiento.

2. Control de la corrección del juicio y sometimiento a reglas

1. En la acepción que estimo más idónea, una declaración de culpabilidad injusta, errónea, incorrecta⁵³, no es más que la que deriva de una incorrecta aplicación de reglas o de su inaplicación, de modo que el error o la injusticia de la decisión no procede de que el resultado, la declaración de culpabilidad, no se ajuste a lo realmente acaecido, o de que la condena no sea correcta, sino de que el “método”, el “procedimiento” seguido en la toma de decisión es erróneo. El resultado se califica como erróneo sólo en la medida en que deriva de un procedimiento erróneo en la toma de decisión. La actividad jurisdiccional se enjuicia al confrontar las reglas aplicadas —su elección como idóneas para el caso, su interpretación y su propia aplicación al caso— con las que en *abstracto y ex ante* se hubieran considerado aplicables para todo caso igual al juzgado, de modo que la desviación del estándar de actividad jurisdiccional es lo que puede calificarse de error o incorrección judicial.

⁵² Cfr. por todos MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La doble instancia, en *El proceso penal* (1995), p. 82; MONTERO, Juan, Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal, en *RMF* (1997), p. 78, partiendo de que el jurado es soberano para proceder a la determinación fáctica, critica las incoherencias del modelo de recursos de la Ley del Jurado.

⁵³ Sobre la cuestión de qué ha de entenderse por una resolución correcta cfr. VIVES, Tomás, Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en *PJ número especial II* (1987); se cita por La libertad como pretexto (Valencia, 1995), pp. 265 y ss., 280 y ss. En sentido similar MONTERO, Juan, Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal, ob. cit., N° 1, p. 70, sostiene, “la garantía procesal consiste en que un Tribunal superior, que se presupone más imparcial y compuesto por técnicos con más experiencia y menos implicados socialmente en una causa, examine si la condena se produjo conforme a la legalidad procesal; a este Tribunal superior no se le atribuye el enjuiciamiento del tema de fondo, sino sólo el control de las garantías procesales. El derecho al recurso es una garantía procesal que tiende a asegurar que se han observado las garantías de esta naturaleza”. Esta parece ser también la tesis del Tribunal Constitucional en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, b) y c), reiterada en SSTC 80/2003, de 28 de abril y 105/2003, de 2 de junio.

Como afirma Alexy⁵⁴, “no existe por un lado la justicia y la verdad como fines, y, por otro lado, las reglas en cuanto indicaciones de los medios mediante los cuales ambas pueden producirse o descubrirse, sino que lo justo y lo verdadero es lo que produce o se descubre mediante estas reglas”.

Esta tesis se conecta con las concepciones actuales que distinguen entre decisión y justificación de la decisión⁵⁵, de modo que, tomando como presupuesto dicha diferenciación, ha de precisarse que lo que puede y debe someterse a control no es la decisión misma de declarar culpable a quien *ex ante* y durante el proceso era inocente —el resultado del juicio como tal—, sino su *justificación*⁵⁶. Mi concepción entronca también con las modernas concepciones de la argumentación jurídica que se decantan por una legitimación procedimental de las decisiones judiciales⁵⁷.

Esta concepción parte de una comprensión *técnica* de la falibilidad humana: los riesgos derivados de la falibilidad se conjuran mediante la exigencia de que la actuación judicial se ajuste a reglas que, en abstracto, son consideradas por la comunidad jurídica como aptas para alcanzar una decisión *racional* y en esa medida *justificada*; por tanto, de un lado, debe adecuarse a las reglas consideradas aptas para alcanzar en la medida posible la verdad, pues una de las reglas de la

⁵⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid, 1989), p. 179. En sentido similar sostiene, p. 279 “*las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas*”, de modo que el resultado alcanzado se califica como correcto sólo en la medida en que en el procedimiento del discurso se han seguido las formas y reglas.

⁵⁵ Sobre la justificación externa e interna en el discurso jurídico, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 213 y ss. Una visión general, por todos, ITURRALDE, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial* (Valencia, 2003), *passim*.

⁵⁶ *Mutatis mutandi*, en relación con la casación TARUFFO, Michele, *Il controllo del diritto*, ob. cit., pp. 55 y ss., 58.

⁵⁷ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa* (Madrid, 1987); ALEXY, Robert, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, en *Rechtstheorie, Beiheft 2*, pp. 177 y ss., pp. 185 y ss.; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 177 y ss., pp. 291 y ss.; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed. (Barcelona, 1997), p. 31, sostiene “*como un sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas*”. Sobre ello, por todos ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México, 2003), pp. 154 y ss.; CABRA APALATEGUI, José Manuel, *Racionalidad y argumentación jurídica, Derechos y libertades*, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 9 (2000), pp. 151 y ss. Una teoría procedimental del discurso resuelve el denominado trilema de Münchhausen —que aparece cuando se pretende fundamentar una proposición mediante otra proposición, en la medida en que se produce bien un regreso al infinito, bien se cae en un círculo lógico, bien ha de interrumpirse el proceso fundamentador sustituyendo la fundamentación por la decisión—. La solución se encuentra al imponer condiciones a la propia actividad de fundamentación, esto es, se somete el discurso a reglas, de modo que el cumplimiento de las reglas garantiza que el resultado sea racional, lo que no garantiza que sea absolutamente correcto y, desde luego, no conduce a una única solución correcta.

justicia de la decisión penal es no condenar a un inocente⁵⁸; y, de otro, debe respetar las reglas que rigen el proceso de enjuiciamiento. Someter el juicio a reglas es instrumentar un vehículo de obtención y expresión de la verdad. De modo que estas reglas no se imponen exclusivamente para alcanzar la verdad material, para cuyo logro podría considerarse instrumento más idóneo el proceso inquisitivo, o directamente, la aplicación de tortura al acusado, sino que se establecen también para garantizar el estatus procesal del acusado como persona y, por tanto, como sujeto de derechos. El Estado de Derecho impone límites a la verdad que puede ser declarada en juicio⁵⁹, de manera que no hay declaración de culpabilidad correcta, o justa, si no se ha llegado a ella mediante la aplicación de las reglas que rigen en el Estado de Derecho.

2. Pues bien, si en el Estado Constitucional de Derecho las decisiones de condena penal se justifican con base en dos tipos de razones, esto es, por haber sido adoptadas de conformidad con los procedimientos establecidos al efecto y por ajustarse a la ley y a los derechos fundamentales y valores que conforman el Estado Constitucional⁶⁰, el control de la justificación de la decisión de condena que se efectúa a través de la segunda instancia es un control sobre ambos tipos de reglas: las reglas que determinan el proceso en sentido estricto, y las normas para el enjuiciamiento.

Si la identificación de las primeras no ofrece dificultades pues se trata de las normas del proceso penal, resulta necesario efectuar alguna precisión sobre las

⁵⁸ Por todos, HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 182; FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, ob. cit., p. 68; TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, ob. cit., pp. 64 y ss.; IGARTUA, Juan, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, ob. cit., pp. 25 y s.

⁵⁹ Sobre el significado del proceso y la búsqueda de la verdad forense, por todos HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 179 y ss., 188-192. Con razón afirma, “*la formalización de la averiguación de la verdad sirve a garantizar la tutela de la persona respecto de la cual se indaga. Pero no garantiza que lo que se obtenga tenga alguna relación con la realidad*”. Esta afirmación que puede parecer muy radical se explica a partir de la idea de que el modo de conocimiento de los hechos en el proceso es ajeno a la metodología empírica, de manera que la obtención de los hechos con esta metodología sí tiene por objetivo acercarse a la realidad lo más posible sin transformarla durante el proceso de conocimiento. En una concepción no tan radical, ciertamente es posible sostener que las reglas de enjuiciamiento tienen también por objeto que las determinaciones fácticas efectuadas en el proceso se acerquen en lo posible a la realidad de lo acaecido. Cfr. también FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, ob. cit., pp. 147 y ss.; IBÁÑEZ, Andrés, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, ob. cit., pp. 257 y ss., 284 y ss. Para una visión completa de la cuestión del conocimiento de los hechos en el proceso cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, El Derecho como sistema de garantías, en La crisis del Derecho y sus alternativas, en *CDJ* (1996), pp. 473 y ss. Con carácter general, ATIENZA, Manuel, El sentido del Derecho (Madrid, 2001), p. 256 “en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido”.

segundas. Entre las que denomino normas para el enjuiciamiento⁶¹ no se incluyen sólo las normas jurídicas que integran el Derecho Penal material, esto es, las normas que se dirigen al ciudadano de hacer u omitir conductas; sino todas las reglas, sean jurídicas o no, que el juez necesita para realizar el enjuiciamiento de fondo del asunto. Así, entre las normas jurídicas, aparecen las normas sustantivas penales y civiles; pero también otras que se refieren al fondo del asunto como el principio *in dubio pro reo* y las reglas conforme a las cuales se determinan los hechos probados.

El principio *in dubio pro reo*, o presunción de inocencia en sentido estricto incluye, como ya he expuesto, dos reglas: de un lado, una regla sobre la suficiencia de la prueba y otra que impone la obligación al juez de dictar una sentencia absolutoria si no se ha probado la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, que, si bien está intrínsecamente conectada con la anterior, dado que aquélla constituye el presupuesto negativo de ésta, no se identifica con ella. Esta segunda regla es una norma sobre la decisión que ha de tomarse⁶² en ciertos casos –absolución– o, dicho de otro modo, una orden de tomar una decisión evitando el *non liquet* en caso de que los enunciados construidos a partir de las pruebas aportadas no pasen el umbral probabilístico necesario para declarar probado un hecho. La duda no refleja el estado anímico del enjuiciador, que es indiferente, sino la debilidad objetiva de la inferencia que une el hecho que se pretende probar y las pruebas.

Pero, además, se incluyen las normas conforme a las cuales se debe efectuar la determinación de los hechos probados: que entre las pruebas y la declaración de hechos probados debe existir una conexión fundada en reglas de la lógica, ciencia y experiencia. Para determinar la suficiencia probatoria se acude a las reglas de la ciencia, lógica y experiencia⁶³. Ciertamente no son normas jurídicas, pero sí

⁶¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, James, *Prozess als Rechstage* (Berlin, 1925); HERCE QUEMADA, Vicente, El derecho procesal como método, en *RDPrIb* 4 (1970), pp. 813 y ss., cit. por VECINA, Javier, ob. cit., pp. 100 y ss. Como tales reglas para el enjuiciamiento de fondo del asunto formarían parte de los preceptos del mismo carácter que los penales sustantivos que deben ser observados en la aplicación de la Ley, a los efectos del fundar el recurso de casación por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim.; en este sentido HANACK, Ernst, en LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Grosskommentar, 24ª ed. (Berlin, 1988), t. IV, § 337, NM 14; BACIGALUPO, Enrique, Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación, en *ADPCP* (1988), p. 378.

⁶² Sobre la cuestión por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 186 y s., en el sentido de que se trata de una regla que pretende evitar el *non liquet* cuando el resultado de la prueba no es indubitado.

⁶³ La doctrina y jurisprudencia alemanas han admitido con carácter bastante general que el concepto de “ley” a los efectos del recurso de casación –denominado revisión– no sólo comprende todas las normas jurídicas de Derecho material –penal, civil, administrativas, tratados

instrumentos para que el juzgador pueda realizar su función con criterios racionales, de modo que constituyen reglas que deben ser observadas por el juez en este concreto aspecto de su función jurisdiccional, en esa medida se trata de normas para el enjuiciamiento⁶⁴.

internacionales...-, o principios jurídicos como el *in dubio pro reo*, sino también las reglas de la lógica y las máximas de experiencia por cuanto son necesarias para realizar el enjuiciamiento de fondo del asunto, y una incorrecta aplicación de las mismas conduce a una incorrecta aplicación de las normas jurídicas; cfr. HANACK, Ernst, en LÖWE-ROSENBERG, StPO, § 337 NM 11, 14, 165 y ss., 170 y ss.; PFEIFFER, Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5ª ed. (Munich, 2005), § 337 StPO, NM 3, 12; ROXIN, Claus, Strafverfahrensrecht, 20 ed. (Munich, 1987), p. 345; HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 179 y ss., 191 y ss. En la doctrina española, sobre este concepto amplio de “norma” o “ley” que incluye las reglas de la “sana crítica”, las reglas de experiencia, cfr. FAIRÉN, Víctor, El razonamiento de los tribunales de apelación, ob. cit., pp. 117 y s.; y en un sentido amplio y dinámico del motivo “infracción de ley” de la casación que permite la revisión de estas reglas, cfr. VECINA, Javier, ob. cit., pp. 77 y ss.; también pp. 100 y s., recogiendo la idea de que entre las normas cuya vulneración se puede aducir en el motivo de casación por infracción de ley se encuentran todas las que sirven al enjuiciamiento de fondo, a dar contenido a la sentencia. Admiten la revisión de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia en casación, sobre la base de que se trata de un control sobre la “estructura racional de la valoración de la prueba”, retomando para el debate español, el debate en Alemania, BACIGALUPO Enrique, Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, ob. cit., pp. 374 y ss., 382; BACIGALUPO Enrique, La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal, en *Estudios de Jurisprudencia 1* (1992), pp. 47 y ss., pp. 52 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La doble instancia, ob. cit., pp. 77 y ss. Lo admite también, CUERDA, Antonio, Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 19* (2000), pp. 25 y ss. Cfr. también sobre la posibilidad de revisar en casación las inferencias que unen la convicción y la prueba y la condición de reglas, FERRAJOLI, Luigi, I valori del doppio grado e della nomofilachia, ob. cit., pp. 29 y ss., pp. 39 y s.; FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, ob. cit., p. 623. Es cierto que IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, ob. cit., pp. 94 y ss., 114 y ss., incluso la fiabilidad de las pruebas, la credibilidad de los testigos, puede ser sometida a control si se efectúa la motivación pertinente en la sentencia, mediante su confrontación con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; desconectada de dichas reglas, así como escindida la garantía de intermediación de las garantías de publicidad, oralidad y contradicción, los datos que puede aportar la intermediación no añaden garantía alguna. Sobre los efectos perversos que la concepción de la intermediación tiene sobre un modelo racional de prueba y para la efectividad de la garantía que implica la revisión en segunda instancia, IBÁÑEZ, Andrés, Sobre prueba y proceso penal, en *Doxa 3* (2003), pp. 57 y ss., 59. Sobre la debilidad de la concepción de la intermediación en la jurisprudencia constitucional cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, Garantías constitucionales contenidas en el art. 24.2 CE, Actas de las IX Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2004), pp. 371 y ss. Sobre la carga histórica político-institucional y la conexión entre la intermediación y la democratización de la justicia penal cfr. BACIGALUPO, Enrique, Doble instancia y principio de intermediación, ob. cit., pp. 278 y ss.

⁶⁴ Como ya he dicho se trata de normas para el enjuiciamiento. Cfr. GOLDSCHMIDT, James, ob. cit.; HERCE QUEMADA, Vicente, ob. cit., pp. 813 y ss., cit. por VECINA, Javier, ob. cit., pp. 100 y ss.

El concepto de reglas que se maneja a los efectos de la revisión del juicio de culpabilidad es, entonces, un concepto amplio que incluye no sólo normas jurídicas, sino este otro tipo de normas, utilizadas por los jueces y tribunales en la determinación de los hechos probados y que fundamentan el grado de verdad probable del enunciado fáctico. Por tanto, la revisión que se realice en segunda instancia ha de revisar la correcta aplicación de las reglas del razonamiento que han presidido la valoración de todo el material probatorio y han conducido a la decisión de dar por probados ciertos hechos. He de reiterar que esta labor de revisión incluye, de un lado, el control de la aplicación de la regla de la suficiencia de la prueba en sentido estricto, esto es, la que impone condiciones a la condena e implica que las pruebas en que ésta se sustente deben aportar un cierto grado de verdad probable; de otro, las reglas conforme a las cuales se determina el grado de suficiencia, o razonabilidad, esto es, las reglas de la lógica, ciencia y experiencia.

3. Esta concepción, en definitiva, conduce a sostener que el derecho a la doble instancia, a la revisión de la declaración de culpabilidad, se dirige a garantizar la corrección en la aplicación de las reglas que rigen el enjuiciamiento de las imputaciones penales. Esta concepción, que se mueve en la lógica del control, y, por tanto, que se satisface sin un nuevo juicio, explica cómo se efectúa el control de la actividad jurisdiccional. Esta concepción es, en mi criterio, adecuada para explicar por qué el *otro* enjuiciamiento ha de ser *posterior* y por qué ha de efectuarlo un tribunal *superior* al que ha emitido el primer juicio. Por otra parte, aporta criterios para efectuar una delimitación del *alcance* de la revisión que haya de realizarse.

En primer término, el control sobre la corrección de las reglas aplicadas no puede efectuarlo el órgano que realiza el primer juicio, pues, como ya he dicho se trata de efectuar un “juicio sobre un juicio”, de revisar lo ya realizado; de modo que sólo se puede efectuar una vez la primera instancia se ha cerrado y naturalmente por un órgano judicial distinto al que juzgó el hecho. Como se ha afirmado, a mi modo de ver con razón, “la prevalencia del juicio expresado por el órgano de segundo grado tiene su justificación jurídica en la preeminencia de la función de reexamen crítico”⁶⁵. El reexamen crítico de lo actuado en primera instancia no es más que un modo de validación externa —una suerte de auditoría jurisdiccional— del proceso seguido en primera instancia, una aproximación indirecta a los hechos y a la pretensión acusatoria.

En segundo término, esta concepción restringida de la segunda instancia como instancia de control de las reglas aplicadas es coherente con la necesidad de que el conocimiento posterior se realice por un tribunal *superior*. Pues, en este caso, ciertamente es posible sostener que los tribunales superiores son menos falibles que los inferiores, dado que se integran por jueces a los que se les exige mayor

⁶⁵ ARANGÜENA, Coral, ob. cit., pp. 57 y s.

idoneidad técnica y mayor experiencia profesional; su menor falibilidad deriva de su mayor capacidad para realizar la función de control externo de lo actuado, que es una tarea netamente técnica que requiere una mayor experiencia y capacitación profesional.

Esta concepción explica por qué no deben existir límites en el control de la aplicación del Derecho, por cuanto se trata en todo caso de aplicación de reglas en sentido estricto –tanto las relativas al proceso como al Derecho material y tanto desde la perspectiva de la legalidad como de la de los derechos constitucionales–. Y, permite, de otra parte, delimitar el alcance del control que debe efectuarse en la determinación de los hechos en aras de obtener una mayor garantía de acierto jurídico o de justificación de la decisión: también la determinación de los hechos es un procedimiento sometido a reglas cuya correcta identificación y aplicación puede ser revisada. Desde esta perspectiva, no existe una diferencia cualitativa insalvable entre los aspectos “fácticos” y “jurídicos”⁶⁶ de la condena que debe ser sometida a revisión, pues tanto la función de determinación de los hechos, esto es, la que conduce a declarar probados los hechos, como la función de subsunción de los hechos en la norma penal, constituyen actividades sometidas a reglas. La adecuación de la actividad a reglas es lo que permite entender que se trata en todo caso de modos dentro de la argumentación jurídica racional y la que posibilita una revisión racional de la actividad jurisdiccional.

V. HACIA EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

Esta comprensión del fundamento del derecho, así como de la idoneidad del modelo del control para llevarlo a la práctica, dota de sentido la afirmación del Tribunal Constitucional de que de la lectura del art. 14.5 del PIDCP se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia⁶⁷, pues no se trata sólo de una interpretación de su literalidad, sino de que esta comprensión del derecho se adecúa a su finalidad garantista y a su propio fundamento.

1. El doble grado de jurisdicción como garantía de cierre del derecho al proceso justo

El derecho, que, quizás, debe denominarse derecho a un doble grado de jurisdicción⁶⁸, puede enunciarse como el derecho a que la declaración de culpabilidad

⁶⁶ En la terminología del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

⁶⁷ SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5.

⁶⁸ Si bien con esta terminología se pretende dejar claro que no se trata de la sustanciación de una segunda instancia plena, sin embargo, tampoco es suficientemente expresiva de que se trata de un derecho exclusivo del condenado, ni de que no basta un doble pronunciamiento jurisdiccional

y la pena sean sometidas a la revisión de un tribunal superior, tal como rezan las disposiciones de los convenios internacionales. Su esencia reside en la idea misma de juicio justo o equitativo, constituyendo una más de las garantías del mismo en materia penal. De modo que, al igual que el resto de las garantías⁶⁹ del juicio justo, contribuye a mantener dentro de límites tolerables en el Estado de Derecho los riesgos de un uso inadecuado del *ius puniendi* del Estado. En esta medida es una garantía de protección del ciudadano y de control de la actuación jurisdiccional, así como de sometimiento del Poder Judicial –quien ejerce el *ius puniendi* en materia penal– a la Ley y a la Constitución. Por tanto, esta garantía tiene su razón de ser, al igual que el resto de las garantías penales, en las específicas necesidades de tutela del ciudadano en este ámbito, dado que el ejercicio de la pretensión punitiva implica una “profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales”⁷⁰. Como ha declarado el Tribunal Constitucional⁷¹, esta especial trascendencia que una declaración de culpabilidad penal y la imposición de una pena tienen para los derechos de la persona convierte

para considerar cumplida la garantía, dado que es posible que, a pesar de la existencia de un doble pronunciamiento no se haya revisado la declaración de culpabilidad y la pena, siempre que ésta se haya verificado en la sustanciación del recurso frente a una sentencia absolutoria. En puridad doble grado de jurisdicción sólo significa la existencia de un órgano jurisdiccional superior que conoce de la impugnación de la resolución condenatoria, pero no expresa nada sobre el alcance de la revisión (en este sentido, DE LUCCHI, Yolanda, Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El Dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso *Segundo Marey*), en *RDP N° 1-3* (2002), pp. 330 y s.). No obstante, se opta por esta denominación para expresar su carácter restringido, pues en la doctrina suele utilizarse esta expresión en sentido restringido. Sobre la diferencia entre doble instancia plena –que implica el examen *ex novo* de todos los materiales de hecho, probatorios y jurídicos de la primera, más todos los que se agreguen con posterioridad– y revisión limitada ante Tribunal superior –que sólo requiere el reexamen crítico de la actividad desarrollada por el Tribunal inferior–, cfr. GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., p. 647.

⁶⁹ Que la segunda instancia incorpora una garantía frente al poder del Estado se evidencia de forma clara por su propio origen. Como es sabido, Las Partidas prohibían la apelación en supuestos de “gravedad peligrosa para el mantenimiento del orden público y de la paz” –Ley XVI del Título XXIII de la Tercera Partida, “Como los ladrones conocidos e los otros que son dichos en esta ley, no pueden tomar alzada del juyzio que dieren contra ellos”–. Por el contrario, cuando se introduce la apelación de forma generalizada a partir de la promulgación de la Constitución de Cádiz, se invierte la regla de tal modo que las condenas por delitos graves eran recurribles a instancia de parte o revisables de oficio, mientras que las condenas por delitos leves sólo eran recurribles a instancia de parte. Sobre la evolución histórica cfr. ARAGÜENA, Coral, ob. cit., pp. 27 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La segunda instancia, ob. cit., pp. 41 y ss.

⁷⁰ SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 15; 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 12.

⁷¹ SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 15; 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 12.

en imprescindible el respeto de exigencias específicas en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva en el proceso penal, e incluso antes de que el proceso penal mismo comience.

En este marco debe ser ubicado el derecho al doble grado de jurisdicción como una garantía de cierre del sistema que complementa el resto de las garantías inherentes al proceso justo en el proceso penal⁷², y que tiene como finalidad alcanzar mayores dosis de justificación de la decisión sometiendo a revisión jurisdiccional la declaración de culpabilidad y la pena. Con ello se trata de *reducir el riesgo* de injusticia de la decisión, que, si bien ha de ser asumido como inherente a todo juicio humano, debe ser sometido a controles más estrictos cuando del enjuiciamiento penal se trata, pues todo error en la condena penal puede significar la lesión del derecho a la libertad del condenado y en todo caso una injerencia ilegítima en sus derechos fundamentales. Es, por tanto, una garantía de cierre del propio sistema configurado por el derecho al proceso con todas las garantías: es la garantía de las garantías.

2. *Ámbito subjetivo del derecho, derecho al recurso y derecho al doble grado de jurisdicción*

1. El derecho a someter a revisión la declaración de culpabilidad es un específico derecho del condenado⁷³ y no un derecho de las partes acusadoras en el proceso penal. Ministerio Fiscal⁷⁴, acusación particular o popular, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y como tales y en su marco tienen dere-

⁷² GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., p. 647.

⁷³ BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ-PICAZO, Ignacio, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo (Madrid, 1995), pp. 43 y ss.; VEGAS TORRES, Jaime, ob. cit., pp. 197 y s., aboga porque las sentencias penales sean sólo recurribles por el condenado, si bien defiende una segunda instancia plena a partir de entender que se trata de garantizar un doble convencimiento; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, ob. cit., p. 43. De otra opinión, afirmando que la diferencia de trato entre partes acusadoras y condenado implicaría lesión del derecho a la igualdad de armas MONTERO, Juan, Principios del proceso penal, ob. cit., p. 170. También en este sentido CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única, en *RGD* (1997), p. 3878; SAIZ ARNAIZ, Alejandro, ob. cit., p. 130. No se trata, por consiguiente, de que la regulación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sea una regulación de mínimos (DE LUCCHI, Yolanda, ob. cit., p. 335), de modo que los Estados puedan ampliar subjetivamente el alcance del derecho, que naturalmente pueden hacerlo, sino de si tiene sentido hacerlo con base en el propio fundamento del derecho.

⁷⁴ Ciertamente, resulta paradójico atribuir derechos al Ministerio Fiscal, pues en cuanto acusador público integra el Estado (cfr. MONTERO, Juan, Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado, ob. cit., pp. 23 y s.; MONTERO, Juan, Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal, ob. cit., N° 2, p. 67).

cho al recurso, cuyo canon de enjuiciamiento es distinto al del derecho analizado. Así se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional al afirmar que ni la acusación particular ni los querellantes son titulares del derecho reconocido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁵. Desde esta perspectiva la reforma proyectada podría haber prescindido de otorgar legitimación para recurrir a las partes acusadoras⁷⁶, pues el derecho no alcanza subjetivamente a todas las partes.

Si ello implica una cierta desigualdad procesal entre acusado y partes acusadoras, no por ello puede sostenerse que se lesione el derecho a la igualdad de armas en el proceso⁷⁷, pues esta *ventaja* en el status procesal del acusado, que no es la única, tiene una legítima justificación en sus específicas necesidades de tutela y en que, como se acaba de afirmar, todo fallo en la condena penal puede significar la lesión del derecho a la libertad del condenado y una injerencia ilegítima en sus derechos fundamentales. Si se parte de la idea de que el recurso otorga una segunda oportunidad a las partes de hacer valer sus pretensiones es patente que resulta desproporcionado afirmar que el Estado ha de gozar de una segunda oportunidad para fundamentar su pretensión de condena. No se trata de otorgar una segunda oportunidad al Estado para ejercer el *ius puniendi*, sino de someter a revisión la declaración de culpabilidad, pues no hay mayor riesgo de arbitrariedad que la conciencia de la ausencia de control externo; de modo que someter a control la aplicación de la máxima, en caso de duda, absolución, es una apuesta en favor de la libertad y de la excepcionalidad de su restricción en el Estado Constitucional de Derecho. Y limitar el objeto de conocimiento de la revisión que efectúa el tribunal superior al control de las reglas es, asimismo, una forma de imponer el autocontrol al órgano que ejerce el segundo grado de jurisdicción, cuyo ejercicio de conformidad con los derechos constitucionales podrá ser controlado mediante el recurso de amparo.

⁷⁵ Así, en el ATC 80/1983 de 23 de febrero, FJ 1, en el que se afirma que quien ejercita la acción popular no tiene el derecho reconocido en el art. 14.5 del PIDCP, por cuanto no es declarado culpable; en sentido similar ATC 353/1988, FJ 2 sobre la inexistencia de recurso sobre las inadmisiones de querellas contra magistrados del TC –Ruiz Mateos–; y la STC 33/1989, de 13 de febrero, cuyo origen es igualmente la inadmisión por el Tribunal Supremo de una querella presentada por Ruiz Mateos contra personas aforadas, que en su fundamento jurídico cuarto afirma literalmente: “*el querellante no es titular del derecho del art. 14.5 del Pacto ni tiene por tanto un derecho fundamental a una segunda instancia como contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva*”.

⁷⁶ En el mismo sentido GARBERI, José, Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal, en *AJA* 647 (2004), p. 1773.

⁷⁷ MONTERO, Juan, Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal, ob. cit., N° 1, p. 69.

2. La diferencia fundamental entre el derecho al recurso que integra el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un tribunal superior radica en que si del primero no deriva ninguna obligación concreta para el legislador, más allá del respeto a su contenido esencial (art. 53.1 C.E.)⁷⁸, consecuencia del segundo es un específico mandato dirigido al legislador penal de establecer alguna modalidad de recurso que habilite para el condenado la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena⁷⁹. Como ha declarado con carácter general en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional,

⁷⁸ Por todos JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid, 1999), pp. 45 y ss.

⁷⁹ En sentido similar BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ-PICAZO, Ignacio y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, ob. cit., pp. 43 y ss.; BANDRÉS, José, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional* (Pamplona, 1992), p. 596; REQUEJO, Juan Luis, *El derecho de acceso a los recursos*, en *La constitución y la práctica del Derecho* (Pamplona, 1998), pp. 411 y ss., 415 y s.; ORTELLS, Manuel, en MONTERO, Juan, ORTELLS, Manuel, GÓMEZ, Juan Luis y MONTÓN, Alberto, *El proceso penal, Derecho jurisdiccional*, 7ª ed. (1998), III, pp. 343 y s.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Teoría general de los recursos en materia penal y la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, en *CDJ XXI* (1995), pp. 11 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso*, ob. cit., p. 3876; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *El derecho a la segunda instancia*, ob. cit., pp. 166 y ss.; ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal* (Valencia, 1998), p. 279; SAIZ ARNAIZ, Alejandro, ob. cit., p. 129; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, ob. cit., pp. 34 y s. Cfr. en este sentido la STC 140/1985, FJ 2 (y en la STC 7/1986, de 21 de enero, FJ 2), el Tribunal Constitucional afirmó: *“El Tribunal ha declarado, con carácter general, que no incluye el derecho a un doble pronunciamiento salvo cuando la Ley lo establezca, y todo ello sin perjuicio de las peculiaridades en materia penal (Sentencia 4/1984). En efecto, en materia penal el legislador debe prever un sistema de recursos aplicable en todo caso, dado, de una parte, que el art. 24.1 de la Constitución ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en su art. 10.2, el cual establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y, de otra, que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo previsto por la Ley»*”. Igualmente, la STC 230/1993, de 12 de julio, FJ 2, afirma el carácter necesario del recurso en materia penal y no así en la civil. Cfr. además SSTC 113/1992, de 14 de septiembre, FJ 5 declarando que este mandato constituye un límite infranqueable para el legislador, o la 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5, que afirma que no existe un derecho constitucional a disponer de medios de impugnación, “siendo posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal”. Por esta razón las declaraciones efectuadas en las SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 3 (caso Castells), 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2 (caso de los incidentes durante la visita del Rey a la Casa de Juntas de Gernika), 136/1999, de 20 de julio, FJ 11 (caso de la mesa nacional de Herri Batasuna), y ATC 1309/1988, FJ 2 incurrían en el defecto de analizar la cuestión de la necesidad o no de habilitar recurso frente a las Sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo desde el canon del derecho a la tutela judicial efectiva. Identifica ambos cánones LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, ob. cit., pp. 35 y ss.

el derecho al recurso no es un derecho incondicionado de manera que de él nazca la posibilidad de impugnar cualquier decisión judicial, sino que partiendo de la libertad de configuración del legislador para establecer un tipo u otro de recurso, una vez incorporado al ordenamiento, el derecho al recurso en su concreta configuración legal integra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva⁸⁰. Por tanto, si las partes acusadoras sólo son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, el legislador puede no prever recurso para ellas, o limitar ampliamente su acceso al mismo sin que ello implique infracción constitucional alguna. Sin embargo, una vez que la legislación prevé la posibilidad del recurso, el acceso al mismo en la configuración legal existente integra su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, respecto del condenado, se ha de insistir en que sobre el legislador se cierne la obligación de crear algún tipo de recurso que habilite la revisión de su declaración de culpabilidad y la pena a él impuesta ante un tribunal superior.

3. Doble grado de jurisdicción y conocimiento de las causas penales en primera y única instancia

El derecho al doble grado de jurisdicción, en cuanto instrumento de control del riesgo de decisión incorrecta, requiere siempre un *posterior* pronunciamiento de un órgano judicial *superior* al que ha enjuiciado en primera instancia; pues la garantía no se satisface con el conocimiento de la causa por un tribunal superior, sino porque un tribunal distinto y superior al que ha realizado el enjuiciamiento en primera instancia revisa este primer juicio desde una perspectiva crítica y externa al examen directo de los hechos conforme al Derecho aplicable. Si la decisión de primera instancia constituye siempre un juicio inmediato sobre los hechos y el Derecho aplicable, el pronunciamiento del segundo grado de jurisdicción constituye un enjuiciamiento sobre la corrección del juicio ya realizado, mediante el examen de las reglas que han guiado dicho juicio y su correcta aplicación al caso. Desde la perspectiva de la clase de enjuiciamiento que requiere esta garantía, ni el carácter colegiado del tribunal que enjuicia, ni el dato de que el tribunal juzgador haya sido el tribunal superior en el orden jurisdiccional penal, al que, conforme al sistema de selección de sus magistrados, se supone la mayor idoneidad técnica

⁸⁰ SSTC 3/1983, de 25 de enero; 19/1983, de 14 de marzo; 123/1983, de 16 de diciembre; 1397/1985, de 18 de octubre; 110/1985, de 8 de octubre; 176/1990, de 12 de noviembre; 113/1992, de 14 de septiembre; 37/1995, de 7 de febrero. Entre las más significativas de la última época, por ocuparse de la casación civil tras la reforma de la LEC, 150/2004, de 20 de septiembre. Sobre el significado del derecho al recurso en la jurisprudencia constitucional cfr. VARELA, Bernardino, El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional, en *Justicia I* (1991), p. 38; BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ-PICAZO, Ignacio y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, ob. cit., pp. 43 y ss.; REQUEJO, Juan Luis, ob. cit., pp. 411 y ss.

y experiencia profesional, pueden suplir la garantía que el derecho al doble grado de jurisdicción comporta; pues ninguna de estas características implican por sí mismas modificación alguna del objeto y naturaleza del juicio si éste se realiza en primera y única instancia, ni, en consecuencia, permiten afirmar que se haya realizado un enjuiciamiento revisor de las características requeridas por el derecho al doble grado de jurisdicción.

Por ello, la constitucionalidad del enjuiciamiento en única instancia ante el Tribunal Supremo sólo es razonablemente defendible estableciendo una excepción en el ámbito de aplicación del derecho al doble grado de jurisdicción, como figura en el art. 2.2 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Excepción que puede encontrar una justificación a partir de una interpretación originalista de la Constitución como la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en las SSTC 64, 65 y 66/2001, de 17 de marzo, para el caso de los aforados cuyo aforamiento está previsto en la Constitución, pues en este caso el aforamiento se constitucionalizó al tiempo que el derecho al proceso con todas las garantías en cuyo ámbito se integra como garantía el derecho a la revisión de la condena penal. Para el resto de los casos de enjuiciamiento en única instancia urge la ratificación del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸¹; pues si se trata de una garantía de cierre del sistema del derecho al proceso justo, en la medida en que sirve a garantizar que se han respetado las reglas que lo integran, difícilmente puede defenderse la constitucionalidad de la restricción de esta garantía.

Se ha de ser consciente de que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha declarado expresamente la vulneración del art. 14.5 PIDCP en un caso de enjuiciamiento en única instancia ante el Tribunal Supremo, en el Dictamen de 15 de noviembre de 2004, asunto *Terron c. España* (comunicación núm. 1073-2002): “§ 7.4 *El Estado Parte argumenta que en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto; que la circunstancia de*

⁸¹ De acuerdo con el voto particular emitido por el magistrado Vives Antón y con Saiz Arnaiz (en *REDE N° 5* (2003), pp. 127, 148, 149), en la idea de que la Constitución no impone la restricción del derecho al recurso para la revisión de las causas penales seguidas contra Diputados y Senadores, pues el aforamiento ante el Tribunal Supremo no impide un sistema en el que además de dicho aforamiento se establezca un recurso. Sin embargo, ello no es contradictorio con sostener que, más allá de la literalidad de los preceptos interpretados, el constituyente estaba pensando en un modelo de legislación criminal, vigente en el momento constituyente, en el que lo normal era que el aforamiento ante el Tribunal Supremo tenía como consecuencia el conocimiento de las imputaciones penales en única instancia. No se trata tanto de presuponer una ponderación implícita que, ciertamente, a la luz de los debates parlamentarios no existió, como de entender que existió una remisión implícita al modelo procesal entonces vigente. En todo caso, desde la perspectiva que me parece relevante, esto es, desde el fundamento del derecho no existe argumento para restringir el derecho a los Diputados y Senadores, pues el aforamiento ante el Tribunal Supremo no compensa la restricción de garantías.

no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión “conforme a lo prescrito por la ley” no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación el Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación”.

4. El control de la determinación de los hechos en el doble grado de jurisdicción

Dos son las consecuencias que derivan del fundamento del derecho defendido respecto de las condiciones en que debe efectuarse la revisión de la determinación de los hechos: no se requiere una nueva instancia, ni tampoco un motivo de recurso como el error en la valoración de la prueba.

a) Este modelo de revisión de la determinación de los hechos que implica la revisión de las reglas conforme a las cuales se ha efectuado la fijación de los hechos probados no requiere una nueva práctica de la prueba en la segunda instancia en condiciones de inmediación y publicidad, ni, por tanto, una segunda instancia en sentido estricto, siendo suficiente un segundo grado de jurisdicción⁸²; pues para revisar el procedimiento de condena en el sentido expuesto, esto es, de la elección y aplicación de todas las reglas conforme a las cuales se ha concluido en la declaración de culpabilidad, no hace falta ninguna de dichas circunstancias. Este modelo es más garantista e idóneo que el que implica la segunda instancia con nueva y plena sustanciación de las pruebas⁸³, pues, en el modelo de segunda

⁸² Como afirma VIVES, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 291, sustituir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal inferior por la realizada por el tribunal superior no representa de suyo ninguna garantía adicional para el justiciable, siempre que la efectuada por el tribunal de instancia sea suficientemente fiable, “*salvo que se presuma que esta valoración tardía y a la que no puede llegar ni un átomo de espontaneidad, ha de ser más correcta que la efectuada en primera instancia: para tal presunción no existe ninguna base*”.

⁸³ La Exposición de Motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 afirmaba con claridad meridiana que “*con el sistema oral solemne no cabe más de una instancia, porque el juicio no puede repetirse dos veces: los interrogatorios, los contrainterrogatorios, los debates, los accidentes de la discusión oral, los dichos de los testigos y las manifestaciones de*

instancia plena, en realidad, nos encontraríamos ante una primera instancia, cuya determinación fáctica habría sido revisada por el tribunal superior, en el sentido de que las reglas conforme a las cuales se efectuó esa determinación fáctica habrían sido revisadas⁸⁴, y una nueva valoración de la prueba –la realizada en segunda instancia–, que, por definición, sería siempre distinta de la efectuada en primera instancia y que restaría no sometida a control, en el sentido de que las reglas aplicadas en esta segunda instancia no habrían sido sometidas a revisión. Que la decisión de la segunda instancia sea más justa es en este modelo de doble instancia plena tan sólo una cuestión de azar. Por ello, para evitar el azar, en un modelo de doble instancia plena también resultaría necesaria una nueva instancia de revisión⁸⁵. La función de segunda instancia plena la cumpliría el recurso de apelación y el recurso de casación la de segundo grado de jurisdicción de ambas instancias, es decir, cumpliría la función de someter a control las reglas utilizadas en el enjuiciamiento en las dos instancias previas⁸⁶. Los mayores costes de este modelo de “tres instancias” sin mayores beneficios que el modelo de instancia única y segundo grado de jurisdicción avalan claramente la opción por la que me he decantado.

b) La clase de revisión coherente con el modelo defendido no requiere habilitar como motivo autónomo del recurso el error en la valoración de la prueba. Varias son las razones. En primer término, la expresión *error en la valoración de la prueba* evoca un modelo de proceso probatorio cuya finalidad y esencia sería la búsqueda de la verdad material que se constituiría como *la* verdad, es decir, que

los reos, cuantas veces repitiesen darían resultados diferentes. La espontaneidad de la primera vista desaparecería en las sucesivas, y la compasión de unos, la mala voluntad de otros, la cábala, todos los medios, en fin que la malicia puede sugerir después de conocidos los puntos vulnerables de un procedimiento se pondrían en juego para que el juicio diera un resultado distinto, fuera imposible reproducirle en los mismos términos, y el segundo vendría a ser la falsificación del primero. Así la segunda instancia no es aplicable al juicio oral, y el legislador que le acepte debe aceptarle con todas sus consecuencias, siendo ésta la razón porque todos los proyectos presentados por el Gobierno a las Cortes en los últimos diez años tienen por base el juicio oral y público y la única instancia. ... Por otra parte, la forma del juicio oral y público y de la única instancia será siempre de necesidad absoluta e indispensable cuando el Jurado intervenga, pues el juicio escrito es de todo punto incompatible con esta nueva institución”.

⁸⁴Si bien los recursos de apelación cumplen también esta función revisora, como advierte VEGAS TORRES, Jaime, ob. cit., p. 198, la segunda instancia no lo requiere, pues a efectos de ésta lo relevante es que se verifique una nueva valoración de la prueba. Además, que el resultado de la valoración de la prueba sea distinto en segunda instancia no significa que en la valoración efectuada en la primera se haya producido infracción de ninguna clase (ibídem, p. 195).

⁸⁵Sobre los modelos de recursos en Europa cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, ob. cit., pp. 277 y s. De otra opinión, ARANGÜENA, Coral, ob. cit., pp. 58 y s.

⁸⁶Cfr. una propuesta de este tipo, por ejemplo, en GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., p. 677.

parte de la idea de que sólo hay una solución posible. Y este modelo no se aviene con las posibilidades reales del proceso penal de alcanzar la verdad, pues, como ya he expuesto, en el proceso penal el resultado del proceso probatorio es sólo probable, por cuanto el método de determinación de los hechos es inductivo⁸⁷. En segundo lugar, este motivo de recurso, una vez desconectado de la aplicación de reglas, sólo tiene el sentido de revisión de la decisión misma de culpabilidad y esta revisión no aporta garantía alguna. Si se desvincula la declaración de culpabilidad de las reglas, dicha declaración sólo expresa un convencimiento personal del juez que emite el juicio, de modo que el error en la valoración de la prueba se sustentaría en una concepción subjetiva de la prueba sin contenido garantista alguno; pues estar convencido de la culpabilidad del acusado no significa ni que se tengan elementos suficientes para justificar la convicción ni tampoco que la declaración de culpabilidad se ajuste a la realidad⁸⁸. Para que el procedimiento probatorio constituya una garantía para el ciudadano ha de ser el resultado de un procedimiento racional, externamente fiscalizable; esto es, que se hayan utilizado criterios reconocibles, que dichos criterios sean racionales, que el razonamiento que une los argumentos sea coherente y que la fundamentación sea controlable intersubjetivamente⁸⁹.

En dicho modelo subjetivista de la prueba y de interpretación de la libre valoración de la prueba y en conciencia —que subyace a la idea de error en la valoración de la prueba desconectado de la aplicación de reglas— no existe criterio racional que pueda explicar por qué ha de prevalecer el criterio del órgano de revisión sobre el órgano de primera instancia, pues el mayor acierto en el resultado de la valoración de la prueba por el órgano de revisión es mera cuestión de azar y no de garantías. Además, este modelo subjetivista de la prueba vulnera de plano la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)⁹⁰ y es contrario radicalmente al principio de legalidad penal, pues habilita para una selección *ad casum* de los hechos que pueden dar lugar a la aplicación de la ley penal y por tanto para una selección arbitraria de la aplicación misma de la ley penal⁹¹. Lo que puede y debe ser sometido a revisión no es la decisión de culpabilidad en sí misma —esto es el resultado al que se llega—, sino la justificación de la decisión; y para revisar la justificación de la decisión —el proceso de decisión y las razones que la sustentan— no

⁸⁷ Sobre ello, por todos, GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 115 y ss.

⁸⁸ Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi, ob. cit., pp. 93 y 98.

⁸⁹ TARUFFO, Michele, Giudizio: processo, decisione, en I metodi della giustizia civile (Padua, 2000), p. 287.

⁹⁰ La interdicción de la arbitrariedad sólo tiene eficacia desde la idea de sometimiento del poder a reglas.

⁹¹ Cfr. por todos VECINA, Javier, ob. cit., p. 73.

hace falta un motivo como el error en la valoración de la prueba, sino que basta con articular motivos amplios de infracción de *ley*, entendiendo por *ley* no sólo la norma jurídica –constitucional o no, procesal o material penal–, sino toda *regla* aplicable, necesaria para poder tomar una decisión sobre el fondo del asunto, en el marco de un proceso constitucionalmente constituido con todas las garantías.

Por consiguiente, esta concepción explica la inexistencia del error en la valoración de la prueba como motivo de recurso frente a las condenas dictadas en juicios ante jurado⁹², sin que sea necesario aludir al carácter *sui generis* de dicho tribunal, posibilitando un sistema de recursos unitario, tanto para la revisión de las condenas dictadas por órganos judiciales técnicos, como para las condenas que traen causa del enjuiciamiento ante tribunal de jurado. Si no se trata de revisar la decisión de culpabilidad sino de revisar el procedimiento por el que se ha llegado a dicha declaración, no hay ninguna razón que impida la revisión de las condenas efectuadas por los tribunales del jurado a través de un recurso de apelación limitado⁹³. Simplemente habrá de tenerse en cuenta la estructura dual de la formalización de la exteriorización del enjuiciamiento: el veredicto y su acta, de un lado, y la sentencia que confecciona el Magistrado-presidente, de otro. Pues en esta estructura dual, el veredicto y su acta cumplen la función de exteriorización de la decisión misma, aunque pueda entenderse que el acta de votación constituya por sí misma parte de la motivación, mientras que la sentencia cumple la única función de exteriorización de la justificación de la decisión tanto en materia de hechos como de derecho⁹⁴.

⁹² Esta concepción está implícita en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en la que se afirma que “*la nueva apelación aspira a colmar el derecho al ‘doble examen’, o ‘doble instancia’, en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuestas sean sometidas a un Tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado*”.

⁹³ Si bien el recurso de apelación habilitado por la Ley del jurado es más restringido que el recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo penal, y en algún aspecto más amplio que el recurso de casación, no veo motivo para que en el modelo de doble grado de jurisdicción defendido no sea posible someter a un mismo sistema de recursos las Sentencias dictadas en los juicios por jurado. MONTERO, Juan, Recursos contra sentencias, en *La Ley del Jurado, problemas de aplicación práctica*, en *EDJ* (2004), pp. 740 y ss., 743; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso, ob. cit., p. 3869, nota 5, afirma la discutible naturaleza de este recurso. Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La doble instancia, ob. cit., p. 82, en el sentido de que el recurso de apelación y el posterior de casación que habilita la Ley del Jurado cumplen la misma función y duplican innecesariamente los medios de impugnación.

⁹⁴ ATIENZA, Manuel, La justificación de las decisiones del jurado, en *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, en *EDJ* (2004), pp. 683 y ss., 691 sostiene, “*lo que la ley española exige esencialmente es que los jurados mediante determinadas mayorías, contesten sí o no al conjunto de preguntas preparadas por el magistrado-presidente. El conjunto de esas respuestas (...) es, en realidad, una motivación de la decisión o, mejor dicho, de los dos tipos de decisiones que la ley confía al jurado: la de considerar como probados o no determinados hechos; y la de considerar al acusado*

Teniendo en cuenta dicha estructura la revisión que se efectúe mediante el recurso debe centrarse en la sentencia del magistrado-presidente y no en el veredicto del jurado, aunque el acta sea su punto de referencia.

VI. LA COMPATIBILIDAD DEL MODELO DE RECURSO DE “APELACIÓN LIMITADO”
DEL PROYECTO DE REFORMA CON EL DERECHO AL DOBLE
GRADO DE JURISDICCIÓN

Ya he señalado que desde la comprensión amplia del derecho es difícil sostener la compatibilidad del recurso de casación “ampliado” con el mismo, así como tampoco con el modelo de recurso de apelación “limitado”. Sin embargo, desde el fundamento del derecho al doble grado de jurisdicción y el modelo del control no existe tal incompatibilidad.

El modelo primitivo de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹⁵ es un modelo de instancia única, dotada de todas las garantías⁹⁶, al que seguía un restringido recurso de casación. Como se afirma en la Exposición de Motivos, con ello se pretendía un equilibrio entre las garantías de oralidad, intermediación y publicidad, con el juicio por jurado y con el derecho a no ser sometido a un doble proceso⁹⁷. Este

culpable o no de tales hechos (...)”. Afirma, además, que la ley confía al magistrado-presidente la tarea de “concreción” de la existencia de prueba de cargo, si el veredicto fue de culpabilidad, “esto último habría que interpretarlo (...) en el sentido de que el juez debe explicitar la argumentación realizada por el jurado, señalando quizás cuáles son las premisas implícitas, aclarando cuáles son los diversos pasos inferenciales, etc. Pero no se trata de que haya una ‘doble motivación’ como parecen suponer algunos procesalistas [...] sino una ‘motivación compartida’ entre el jurado (que se plasma en el acta de votación) y el juez (la sentencia). La motivación no es completa sin el acta de la votación”. Cfr. en sentido similar el voto particular firmado por los magistrados Casas Baamonde y Pérez Vera y el magistrado Pérez Tremps a la STC 169/2004, de 6 de octubre, sobre todo los párrafos 1 a 4. Otra concepción sobre la motivación de las decisiones del Jurado BACIGALUPO, Enrique, Problemas jurisprudenciales de la Ley del Tribunal del Jurado, en La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, en *EDJ* (2004), pp. 669 y ss.

⁹⁵ Sobre la evolución legislativa cfr. GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., pp. 649 y ss.

⁹⁶ Señala ARANGÜENA, Coral, ob. cit., pp. 33 y ss., que es la paulatina introducción de procesos rápidos en los que se limitan las garantías lo que explica la generalización de la doble instancia. En el mismo sentido apunta la idea de que en la primitiva Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo las faltas estaban sometidas a revisión, pues el proceso de enjuiciamiento era inquisitivo (GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., p. 651). En definitiva, parece que admitir una segunda instancia implica reconocer la insuficiencia de la primera.

⁹⁷ Como afirma MONTERO, Juan, Principios del proceso penal, ob. cit., p. 181, los redactores de la Ley de Enjuiciamiento Criminal decidieron no regular un recurso de apelación “convencidos de que la oralidad y la intermediación de la segunda fase del mismo era incompatible con un recurso de apelación, en el que el segundo tribunal tendría que entrar a decidir sobre los hechos, lo que supondría, primero, interpretar la prueba y, después, valorarla, sin haberla presenciado. El regular un recurso de apelación, aunque fuera limitado, implicaba negar en el recurso aquello que se consideraba esencial

modelo es difícilmente reconocible en la actualidad, dadas las múltiples reformas⁹⁸ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de las cuales se fue introduciendo el recurso de apelación hasta configurar el modelo conforme al cual las condenas por infracciones penales menos graves pueden ser recurridas en apelación y las condenas por delitos graves son revisables sólo en casación. Aunque no puede negarse la paradoja de un modelo en el que parecen existir mayores garantías para las infracciones penales menores —una revisión amplia a través del recurso de apelación— y menores garantías para los delitos más graves —una revisión más estricta a través del recurso de casación⁹⁹, lo cierto es que en un modelo de segundo grado de jurisdicción como el defendido, tanto el recurso de casación “ampliado” como el recurso de apelación “limitado” pueden cumplir la función garantista de revisión de la declaración de culpabilidad y la pena.

Respecto del recurso de casación, bastaría con que se interpretara su regulación actual en un sentido más favorable a este derecho fundamental, o con que se modificara ligeramente su regulación¹⁰⁰. Pues no existe ninguna incompatibilidad intrínseca entre el recurso de casación y la revisión de las reglas que han presidido la declaración de culpabilidad, entendida como determinación fáctica, en el sentido apuntado¹⁰¹. Además, si la función principal de los tribunales de casación es el con-

en la instancia. El tribunal de la instancia tenía que fundar su convicción sobre los hechos en la prueba ante él practicada, mientras que el tribunal de la apelación se vería obligado a fundar esa misma convicción sobre la prueba que no había presenciado”. En el mismo sentido ARANGÜENA, Coral, ob. cit., pp. 31 y ss.

⁹⁸ Sobre la evolución de los recursos desde el modelo inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta la actualidad cfr. MONTERO, Juan, Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal, ob. cit., N° 4, pp. 51 y ss.

⁹⁹ Por todos, en este sentido GIMENO, José Vicente, Constitución y proceso (Madrid, 1988), p. 152; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988 (Valencia, 1989), pp. 225 y s.; GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., pp. 665 y ss.; MARTÍNEZ PARDO, Vicente, ob. cit., pp. 116 y s.

¹⁰⁰ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La doble instancia, ob. cit., p. 83; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional, en Recurso en el orden jurisdiccional, en *CDJ* (1995), p. 5 (se cita separata).

¹⁰¹ Llegan a la misma conclusión con fundamentaciones distintas VIVES, Tomás, La libertad como pretexto, ob. cit., p. 291; BACIGALUPO, Enrique, Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación, ob. cit., pp. 372 y ss., 376; BACIGALUPO, Enrique, La Impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal, ob. cit., pp. 47 y ss.; BACIGALUPO, Enrique, Doble instancia y principio de inmediación, ob. cit., pp. 288 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, I valori del doppio grado e della nomofilachia, ob. cit., pp. 29 y ss., 35 y s.; FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, ob. cit., p. 153, nota 83, sostiene que “no hay razón para no admitir el control lógico de la casación también sobre la adecuación de la motivación de hecho, es decir, sobre la carencia de colimaciones (pruebas) por modus ponens o sobre la presencia o la falta de práctica de refutaciones (o contrapruebas) por modus tollens”; TARUFFO, Michele, Il controllo del diritto, ob. cit., pp. 64 y s.; IBÁÑEZ, Andrés, Acerca de la motivación de los hechos en la Sentencia penal,

trol sobre la interpretación y aplicación de la ley en aras de alcanzar la uniformidad en su interpretación y la igualdad en la aplicación de la ley exigida por el art. 14 CE en el modelo del *civil law* en el que no existe vinculación al precedente¹⁰², esta tarea no puede realizarse correctamente sin efectuar un control sobre el proceso de determinación de los hechos. Tanto si se parte de que la aplicación del Derecho implica la realización de una cadena de silogismos, como desde concepciones del Derecho menos formalistas, como la de las teorías de la argumentación jurídica u otras, una incorrecta determinación fáctica repercute en una incorrecta aplicación de la ley, ya que no podrá afirmarse que la ley se ha aplicado al supuesto de hecho previsto en la norma¹⁰³, truncándose de hecho la voluntad del legislador; o dicho de otra forma, una determinación fáctica incorrecta conduce a una incorrecta aplicación de la ley “*al forzar una subsunción de los hechos falsamente determinados en una norma jurídica que, de no haber existido tal vicio, resultaría inaplicable al caso particular*”¹⁰⁴. Ello es especialmente relevante en materia penal, dada la vigencia

ob. cit., pp. 295 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La doble instancia, ob. cit., pp. 79 y s.; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, Algunos aspectos del recurso de casación, ob. cit., p. 5 (se cita separata); JAÉN VALLEJO, Manuel, ob. cit., p. 3; VECINA, Javier, ob. cit., pp. 110 y ss. y 112 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Apresurado comentario, ob. cit., p. 235; IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, ob. cit., passim, pp. 23 y ss., 169 y ss. Como sostuvo el Tribunal Constitucional “*ni el fundamento del derecho al doble grado de jurisdicción lo impide*”, ni “*la definición legal de las formalidades de la casación [constituyen] barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución de las correspondientes normas*” (STC 56/1982, de 27 de julio, FJ 2); con reservas DE LUCCHI, Yolanda, ob. cit., p. 334.

¹⁰² En este sentido por todos, VECINA, Javier, ob. cit., pp. 127 y ss. De forma precisa sostiene que se trata de asegurar la unidad del Derecho Penal a nivel interpretativo dado que este recurso se desenvuelve en “*un Estado constitucional de Derecho en el que se garantiza el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y se reconoce como uno de los derechos fundamentales la igualdad de todas las personas en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pero en el que, para asegurar tales principios no se cuenta con una organización judicial donde el respeto al precedente tenga el sentido dado en los países anglosajones, ya que los jueces y magistrados son independientes y se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley, como prescribe la Constitución en su artículo 117.1 CE*”. Y ello, aunque dicha función sea tan sólo tendencial, ibídem pp. 134 y ss.

¹⁰³ BULYGIN, Eugenio, Cognition and Interpretation of Law, en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (ed.), Cognition and Interpretation of law (Turín, 1995), p. 22; TARUFFO, Michele, Il controllo del diritto, ob. cit., p. 65, afirma que la corrección del juicio fáctico es condición necesaria pero no suficiente de la legalidad de la decisión, ya que la norma sólo estará correctamente aplicada si existen los hechos que justifican su aplicación; TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, ob. cit., pp. 67 y ss. Desde la perspectiva procesal cfr. también VECINA, Javier, ob. cit., p. 77, quien sostiene que un error en la determinación fáctica, cuando sea manifiesto y relevante para la decisión produce una falsa aplicación de la ley “*al forzar una subsunción de los hechos falsamente determinados en una norma jurídica que, de no haber existido tal vicio, resultaría inaplicable al caso particular*”.

¹⁰⁴ VECINA, Javier, ob. cit., pp. 76 y s. Por todos, en relación con el recurso de casación, BORÉ, Jacques, La cassation en matière pénale (Paris, 1985), p. 603, señalando que la incorrecta

del principio de sujeción estricta a la ley que constriñe limita los márgenes de interpretación lícita de los órganos judiciales.

Ciertamente, aunque un recurso de casación así estructurado habría perdido sólo parcialmente su primigenio carácter y sus funciones clásicas, la opción del proyecto de reforma de configurar el segundo grado de jurisdicción en el recurso de apelación y residenciarlo en sede judicial ajena al Tribunal Supremo no merece reproche alguno en la medida en que cualquiera de las dos opciones comentadas es posible y la elegida se aviene mejor con el modelo clásico de recurso de casación, además de que parece distribuir de forma más equitativa el reparto de la carga de trabajo entre los distintos órganos judiciales¹⁰⁵.

En definitiva, el recurso de apelación configurado en el proyecto de ley es compatible con el fundamento del derecho al doble grado de jurisdicción, pues en él se prevén como motivos de recurso cualesquiera referidos a la infracción de las reglas de enjuiciamiento, se refieran al procedimiento o al fondo del asunto, a los hechos o a la calificación jurídica. En este sentido la concepción de la Exposición de Motivos del proyecto de ley orgánica, que habrá de utilizarse como criterio de interpretación auténtica, sobre el derecho a la presunción de inocencia es notablemente más amplia que la que sustentan el Tribunal Constitucional y el Tribunal

determinación de los hechos implica que se ha puesto en marcha para su aplicación una norma sin que se haya justificado la reunión de todas las condiciones necesarias para su aplicación, por lo que se habrá infringido la ley; BACIGALUPO, Enrique, Presunción de inocencia, in *dubio pro reo* y recurso de casación, ob. cit., pp. 375. Desde la perspectiva de que es imposible efectuar una distinción entre hecho y derecho, sostiene la imposibilidad de limitar el control casacional al derecho, NIEVA FENOLL, Jorge, ob. cit., pp. 95 y ss., 122 y ss.

¹⁰⁵ Por tanto, afirmar que no hay incompatibilidad entre el recurso de casación y la función que precisa el derecho a someter a revisión la condena y la pena, no implica desconocer las críticas esgrimidas por la doctrina en el sentido de que es otro tipo de recurso el que mejor cumpliría dicha función, puesto que en todo caso el recurso de casación sigue configurado como un recurso extraordinario limitado y porque la ampliación del conocimiento del Tribunal Supremo en el recurso de casación desvirtúa su genuino sentido de unificación de la interpretación de la ley y puede considerarse contrario al art. 152.1.pfo. 3, en la medida en que establece que “*las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia*”. Sobre esta opinión contraria a que el recurso de casación cumpla las funciones de segunda instancia penal, cfr. GIMENO, Vicente, Constitución y proceso, ob. cit., p. 152; RUIZ VADILLO, Enrique, Crisis de la justicia y reforma del proceso penal, en *Crisis de la justicia y reformas procesales* (Madrid, 1988), p. 320; GARCÍA PÉREZ, Juan, ob. cit., p. 647; ARANGÜENA, Coral, ob. cit., pp. 43 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso, ob. cit., pp. 3870 y ss.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, ob. cit., pp. 34 y ss.; ASENCIO MELLADO, José María, ob. cit., p. 291; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal, en *Constitución y garantías penales*, en *CDJ* (2004), pp. 18, 20 y ss. Sobre el debate en Italia SERGES, Giovanni, Il principio del “Doppio grado di giurisdizione” (1993), pp. 197 y ss.

Supremo, puesto que da cabida al principio *in dubio pro reo*; lo que merece una valoración positiva ya que, como acabo de exponer, es también una regla que puede ser controlada a través del recurso, pues es la regla que aproxima la verdad forense a la verdad material al exigir un juicio de probabilidad sobre la realidad de las imputaciones y es, además, una garantía de libertad de los inocentes.

Desde la perspectiva examinada, la reforma debe ser aplaudida¹⁰⁶, de modo que más allá de la presunta incompatibilidad formal del modelo con la literalidad del art. 14.5 PIDCP o con lo que parece deducirse de los pronunciamientos más conocidos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre España y sobre las resoluciones dictadas en casación por el Tribunal Supremo español, entiendo que el modelo se ajusta a una concepción material del derecho que pone el acento más en la revisión de la corrección del juicio como revisión de la corrección de las reglas o de su ajuste a las mismas que en la perspectiva de garantizar un nuevo o doble convencimiento sobre la declaración de culpabilidad emitida. Modelo, este último, que, por sí mismo, no constituye garantía alguna para el justiciable, dilata sin justificación la duración del proceso y, por tanto, la satisfacción de la víctima, resta medios materiales y personales para el enjuiciamiento de otros casos, aumentando, en definitiva, los costes de una Administración de Justicia sin beneficio para el imputado ni para la justicia de la decisión. Por consiguiente, la reforma no ocasiona una pérdida de garantías para el ciudadano, aunque limite el recurso de apelación y no instaure una nueva instancia plena.

Ahora sólo queda esperar que cuando la reforma entre en vigor los órganos judiciales se tomen en serio el derecho a someter a revisión la declaración de culpabilidad y la condena y hagan uso de todas las posibilidades que brinda este modelo para evitar así nuevos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, pues, dicho Comité no enjuicia modelos de legislación o de recurso sino decisiones judiciales concretas, de modo que el Poder Legislativo sólo puede facilitar el cauce de protección del ciudadano, pero es al Poder Judicial a quien compete hacer efectiva tal protección.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, Marien, El art. 14.5 PIDCP y la generalización de la doble instancia penal. Comentario a la comunicación N° 1101/2002 del Comité de Naciones Unidas de 5 de noviembre de 2004, en *REDF* 4 (2004).

ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica (Madrid, 1989).

¹⁰⁶ Sin perjuicio de los interrogantes y de las interpretaciones que se hagan sobre el video, la concepción del derecho al proceso si los acusadores pueden o no recurrir y si se puede o no recurrir con base en la tutela judicial efectiva y la falta de motivación de la declaración fáctica.

- ALEXI, Robert, El concepto y la validez del derecho, 2ª ed. (Barcelona, 1997).
- ARANGÜENA, Coral, Proceso penal y doble instancia, en *Justicia I* (1994).
- ASENCIO MELLADO, José María, Derecho procesal penal (Valencia, 1998).
- ATIENZA, Manuel, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica (México, 2003).
- ATIENZA, Manuel, El sentido del Derecho (Madrid, 2001).
- ATIENZA, Manuel, La justificación de las decisiones del jurado, en La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, en *EDJ* (2004).
- BACIGALUPO, Enrique, Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada “doble instancia”), en *AP 12* (2002).
- BACIGALUPO, Enrique, Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación, en *ADPCP* (1988).
- BACIGALUPO, Enrique, La Impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal, en *Estudios de Jurisprudencia I* (1992).
- BACIGALUPO, Enrique, Problemas jurisprudenciales de la Ley del Tribunal del Jurado, en La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, en *EDJ* (2004).
- BANDRÉS, José, El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional (Pamplona, 1992).
- BORÉ, Jacques, La cassation en matière pénale (Paris, 1985).
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ-PICAZO, Ignacio y FERNÁNDEZ FARRES, Germán, El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo (Madrid, 1995).
- BULYGIN, Eugenio, Cognition and Interpretation of Law, en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (ed.), Cognition and Interpretation of law (Turín, 1995).
- CAAMAÑO, Francisca, La garantía constitucional de la inocencia (Valencia, 2003).
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, Racionalidad y argumentación jurídica, Derechos y libertades, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 9* (2000).
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La segunda instancia penal (Navarra, 2005).
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía, La doctrina constitucional sobre el derecho al recurso en el proceso penal, el doble grado de jurisdicción y la instancia única, en *RGD* (1997).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional

- sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal, en Constitución y garantías penales, en *CDJ* (2004).
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Teoría general de los recursos en materia penal y la doctrina del Tribunal Constitucional, en Recursos en el orden jurisdiccional penal, en *CDJ XXI* (1995).
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988 (Valencia, 1989).
- CUERDA, Antonio, Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 19* (2000).
- DE LUCCHI, Yolanda, Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El Dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso Segundo Marey), en *RDP N°s. 1-3* (2002).
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, El razonamiento de los tribunales de apelación (Madrid, 1990).
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Apresurado comentario al ‘informe’ o ‘exposición’ del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el caso ‘Gómez Vázquez c. España’, en *PJ 60* (2000).
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal (Madrid, 1955).
- FERRAJOLI, Luigi, El Derecho como sistema de garantías, en La crisis del Derecho y sus alternativas, en *CDJ* (1996).
- FERRAJOLI, Luigi, I valori del doppio grado e della nomofilachia, en *Materiali e atti N° 29* (Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni), en *suplemento a Democrazia e diritto 1* (1992).
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, 4ª ed. (Madrid, 2000).
- FERRER BELTRÁN, Jordi, Prueba y verdad en el proceso (Madrid, 2002).
- FERRUA, Paolo, Contraddittorio e verità nel processo penal, en GIANFORMAGGIO (ed.) *Le ragioni del garantismo* (Turín, 1993).
- FONT SERRA, Eduardo, La exigencia de la doble instancia en el proceso penal, en *RCEJAJ 1* (2002).
- GARBERI, José, Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal, en *AJA 647* (2004).
- GARCÍA PÉREZ, Juan, Proceso penal y doble instancia, en La reforma del proceso penal (Madrid, 1989).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los hechos en el Derecho, Bases argumentales de la prueba (Barcelona, 1999).

- GIMENO, José Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal* (Madrid, 1981).
- GIMENO, José Vicente, *Constitución y proceso* (Madrid, 1988).
- GOLDSCHMIDT, James, *Prozess als Rechtlage* (Berlin, 1925).
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed. (Madrid, 1987).
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal, en *El proceso penal en el Estado de Derecho* (Lima, 1999).
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español, en *Tribunales de Justicia 2* (2001).
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa* (Madrid, 1987).
- HANACK, Ernst, en LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar*, 24ª ed. (Berlin, 1988).
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal* (Barcelona, 1984).
- HERCE QUEMADA, Vicente, El derecho procesal como método, en *RDPrlb 4* (1970).
- HINOJOSA, Rafael, Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial relevancia a la doctrina del Tribunal Constitucional, en *RDP 1999-2*.
- IBÁÑEZ, Andrés, Acerca de la motivación de los hechos en la Sentencia penal, en *Doxa 12* (1992).
- IBÁÑEZ, Andrés, Sobre prueba y proceso penal, en *Doxa 3* (2003).
- IGARTUA, Juan, El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio (Madrid, 2004).
- IGARTUA, Juan, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal (Valencia, 1995).
- ITURRALDE, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial* (Valencia, 2003).
- JAÉN VALLEJO, Manuel, La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales. (Nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20-7-2000), en *AJA 453* (2000).
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid, 1999).
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, *La segunda instancia en el proceso penal: doctrina y jurisprudencia* (Granada, 2000).

- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La doble instancia, en *El proceso penal* (1995).
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional, en *Recurso en el orden jurisdiccional*, en *CDJ* (1995).
- MARTÍNEZ PARDO, Vicente, El derecho al recurso en el proceso penal: la doble instancia penal: estudio doctrinal y jurisprudencial, en *RDyPP* 5 (2001).
- MAZÓN COSTA, José Luis, La casación española incumple el derecho a la segunda instancia penal del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en *AJA* 457 (2000).
- MONTERO, Juan, Principios del proceso penal (Valencia, 1997).
- MONTERO, Juan, Los recursos en el proceso ante el Tribunal del jurado (Granada, 1996).
- MONTERO, Juan, Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal (Sobre los errores de la doctrina, la falta de sistema legal y la incompreensión de la jurisprudencia constitucional), en *RMF* (1997).
- MONTERO, Juan, Recursos contra sentencias, en *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, en *EDJ* (2004).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Universidad Pablo Olavide (Sevilla, 1999).
- NIEVA FENOLL, Jorge, El hecho y el derecho en la casación penal (Barcelona, 2000).
- ORTELLS, Manuel, en MONTERO, Juan, ORTELLS, Manuel, GÓMEZ, Juan Luis y MONTÓN, Alberto, *El proceso penal, Derecho jurisdiccional*, 7ª ed. (1998), III.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, Garantías constitucionales contenidas en el art. 24.2 CE, Actas de las IX Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2004).
- PFEIFFER, Gerd, *Strafprozessordnung Kommentar*, 5ª ed. (Munich, 2005), § 337 StPO, NM 3, 12.
- POPPER, Karl, *Conocimiento objetivo, Un enfoque evolucionista* (Madrid, 1974).
- PULIDO, Manuel, La ejecución del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre revisión de condena penal ante la Sala Segunda del TS, en *AJA* 11 (2004).
- REQUEJO, Juan Luis, *El derecho de acceso a los recursos*, en *La constitución y la práctica del Derecho* (Pamplona, 1998).

- ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 20 ed. (Munich, 1987).
- RUIZ VADILLO, Enrique, *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*, en *Crisis de la justicia y reformas procesales* (Madrid, 1988).
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional*, en *REDE 5* (2003).
- SERGES, Giovanni, *Il principio del “Doppio grado di giurisdizione* (1993).
- STAVROS, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of European Convention on Human Rights*, Kluwer (Boston, 1993).
- TARUFFO, *La prueba de los hechos* (Madrid, 2002).
- TARUFFO, Michele, *Il controllo del diritto e del fatto da parte Della Casación nel giudizio civile*, en *Materiali e atti N° 29 (Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni)*, en *Democrazia e diritto 1* (1992).
- TARUFFO, Michele, *Giudizio: processo, decisione*, en *I metodi della giustizia civile* (Padua, 2000).
- TRECHSEL, Stefan, *Das verflixte siebente? Bemerkungenen zum 7 Zusatzprotokoll zum EMRK*, en NOWAK, Manfred, STEUERER, Dorethea y TRETTER, Hannes (eds.), *Festschrift für Felix Ermacora: Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte. Progress in the Spirit of Human Rights* (1995).
- VAN DJIJK, Pieter y VAN HOOFF, Godefridus, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed. (Boston, 1990).
- VARELA, Bernardino, *El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Justicia* (1991).
- VECINA, Javier, *La casación penal. El modelo español* (Madrid, 2003).
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. (Madrid, 1993).
- VIVES, Tomás, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, en *PJ número especial II* (1987).
- VIVES, Tomás, *La libertad como pretexto* (Valencia, 1995).