

EL ACCESO A LA CASACIÓN PENAL

Una primera aproximación al hilo de la pérdida de su misión prioritaria y del resurgir de la distinción *ius constitutionis - ius litigatoris*

María Pía CALDERÓN CUADRADO *

Resumen

Se viene afirmando que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha reformado sustancialmente el recurso de casación penal. Y se tiene razón. Prueba de ello son las modificaciones sobre resoluciones recurribles, motivos y trámite de admisión que aparecen en los artículos 847, 848 y 889 de la LECrim.

Bien mirado, sin embargo, la transformación operada en este medio de impugnación no obedece tanto a la metamorfosis normativa en sí misma considerada, que también, como a su consecutiva interpretación jurisprudencial. El cambio de modelo surge así y principalmente de una renovada y última doctrina del Tribunal Supremo que tiene como punto de partida la aplicación de dicha Ley y la generalización de la segunda instancia que en ella se establece. Desde tales premisas, la Sala Segunda «revolucionaria» el modelo de casación penal, lo que se traduce en mayores restricciones en el camino de acceso y, aunque sorprenda, en una ampliación-limitación de su propio ámbito de actuación.

Palabras clave

Casación penal; derecho fundamental (14.5 PIDCP); ius constitutionis - ius litigatoris.

Abstract

It has been affirmed that Law 41/2015, from October 5th, has substantially reformed the access of criminal cassation. And it is true. Proof of this is the modifications on appealable resolutions, motives and admission procedures that appear in articles 847, 848 and 889 of the LECrim.

Closely looked, however, the transformation operated in this means of appeal is not only caused by the normative metamorphosis in itself but, mostly, as a consecutive jurisprudential interpretation. The change of model develops thus and mainly from a renewed doc-

* Catedrática de Derecho Procesal (Universitat de València). Magistrada (Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal).

trine of the Supreme Court that has as starting point the implementation of this Law and the generalization of the appeal that is established in it. From such premises, the Second Chamber of the Supreme Court «turns upside down» the criminal cassation model. This translates into greater restrictions in the access road and, surprisingly, also in a wider limitation of its own scope of action.

Key words

Penal cassation; fundamental right (14.5 ICCPR); ius constitutionis - ius litigatoris.

SUMARIO: I. Una premisa ineludible. Acceso a la justicia y derecho al recurso: 1. Perspectiva general. A) Su condición de derecho fundamental. B) Su configuración conforme a lo prescrito en la ley. 2. El actual sistema de impugnación penal. II. Las consecuencias para el recurso de casación. Dos de tres: 1. En su caracterización. Desapoderamiento constitucional y posible y puntual esquizofrenia. A) Al margen del artículo 14.5 del PIDCP. Una misma regulación y distintos planteamientos. B) *A priori*, cuestión de legalidad ordinaria. 2. En sus quehaceres y fines. Deslizamiento funcional y primeros pasos hacia un distinto –o no tan distinto– modelo. A) La uniformidad como punto de partida. B) ¿Regreso al pasado? C) Un excurso sobre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*. 3. En su acceso. Dación de cuenta y aplazamiento.

I. UNA PREMISA INELUDIBLE. ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO AL RECURSO

ES evidente que cualquier estudio sobre el acceso a un medio de impugnación requiere de una primera aproximación al sistema de recursos donde se incardina así como de un segundo acercamiento a los elementos definitorios que conforman su identidad. Solo así, y en clave de *lege data* al menos, puede estarse en condiciones de entender y explicar el camino de acceso al mismo y, sobre todo, de considerar sus obstáculos y analizar, en su caso, la técnica de superación.

Ahora bien, el título dado a este texto y las innegables relaciones entre el derecho al recurso y la casación hace procedente una primera aclaración, breve y seguramente sabida. De ella derivarán distintas y sucesivas consecuencias para el instrumento casacional, debiendo reconocer que lo reflejado a continuación será tan solo un análisis parcial que precisa de ser completado. Vaya por delante mi compromiso de concluirlo en posterior ocasión.

Recientemente, enero de 2016, se ha publicado el «Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia» (1). Preparado conjuntamente por la Agen-

(1) Se trata, tal y como se indica en el Prólogo de dicha publicación, de resumir «los principios jurídicos europeos fundamentales en el ámbito del derecho de acceso a la justicia». Su objetivo es «dar a conocer la normativa adoptada por la Unión Europea y por el Consejo de Europa, especialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este manual tiene por objeto servir como guía práctica para los jue-

cia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Consejo de Europa –junto a la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, en él y entre otras cosas se advierte que el acceso a la justicia se configura como un derecho atribuido a todas las personas y de garantía obligada para los poderes públicos. En realidad, este derecho, que tiene como elementos esenciales «el acceso efectivo a un órgano de resolución de litigios, el derecho a un proceso equitativo y a la resolución diligente de litigios, el derecho a un recurso adecuado y la aplicación general de los principios de eficiencia y eficacia a la administración de justicia», se integra por dos de carácter fundamental: el derecho a un proceso equitativo, de un lado (arts. 6 CEDH y 47 CDFUE), y el derecho a un recurso efectivo, de otro (arts. 13 CEDH y 47 CDFUE) (2).

Conviene precisar entonces que el acceso a la casación, si bien puede vertebrarse en torno al primigenio derecho de acceso a la justicia, poco o nada tiene que ver con el que viene considerándose como segundo componente del mismo, el derecho a un recurso efectivo. Su naturaleza de medio de impugnación de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza excluye aquella equiparación y, al mismo tiempo, posiciona el régimen casacional en el contexto del derecho a un

ces, fiscales y profesionales del Derecho que intervienen en litigios en la UE y en los Estados miembros del Consejo de Europa. También será de utilidad para las organizaciones no gubernamentales y otros entes que ayudan a las víctimas a obtener acceso a la justicia».

(2) Para evitar enredos entre derechos, no está de más reproducir el contenido de unas y otras formulaciones internacionales:

– Artículo 6 del CEDH: «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

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

– Y artículo 47 de la CDFUE: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

proceso equitativo. No se olvide, en efecto: (i) que los derechos o intereses en cuestión ya se han hecho valer ante los órganos jurisdiccionales de instancia; (ii) que se trata de la revisión de una resolución judicial dictada en un proceso todavía pendiente; (iii) y que viene autorizada desde esa finalidad protectora del denominado *ius litigatoris*, del conocido como *ius constitutionis* o de ambos a la vez (véase *infra* apartado II.2-C).

1. PERSPECTIVA GENERAL

La prevención sobre posibles confusiones en torno a la expresión «derecho al recurso» que se utiliza a lo largo de estas páginas requiere de una ulterior reseña, también breve, sobre su naturaleza y significado.

Retornando al Manual y, por tanto, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, resulta claro que el derecho al recurso que aquí nos ocupa se corresponde con el derecho a un proceso público y equitativo (arts. 6 y 47 respectivamente). Y ello, según una jurisprudencia constante de sus máximos intérpretes, porque el contenido esencial de este derecho, que no es unitario, abarca tanto la igualdad de armas o la configuración contradictoria del proceso como, en ciertos casos siempre referidos al condenado en un proceso penal, la posibilidad de apertura de una fase revisora de la sentencia mediante la interposición de un recurso, un medio de impugnación en sentido estricto, frente a la misma.

Con ese punto de partida, los redactores del Manual y en una anotación imposible de ignorar continúan señalando que «En el Derecho del CdE, aunque el Protocolo núm. 7 al CEDH (vinculante únicamente para sus Estados partes) establece un derecho de recurso específico en casos penales (Consejo de Europa, Protocolo núm. 7 al CEDH, STCE núm. 117, 1984, art. 2.), el CEDH no garantiza el derecho de recurso en procesos civiles. No obstante, el TEDH ha confirmado que, si en un proceso civil o penal se establece un proceso de recursos, el artículo 6 le será de aplicación (TEDH, *Monnell y Morris c. Reino Unido*, núm. 9562/81 y 9818/82, 2 de marzo de 1987, apdo. 54). En el Derecho de la UE, no existe un derecho de recurso específico en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, pero hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH al interpretar el artículo 47».

Ni que decir tiene que en España se ha transitado por similares caminos. Primeramente, definiendo el derecho al recurso como parte integrante del homónimo derecho a un proceso con todas las garantías y otorgando su titularidad exclusiva al penalmente condenado (art. 24.2 CE). Después y para las restantes hipótesis, dejando en manos del legislador interno la posible previsión de un régimen de impugnación que, de ser establecido, deberá conformarse bajo criterios –igualdad y contradicción esencialmente– del debido proceso. Finalmente, y aquí podría encontrarse la única –y muy matizada– disensión, remitiendo la problemática del acceso al recurso, en cuanto previsto por la ley, al derecho a la tutela judicial efectiva. En este tema, sin embargo, es obligado señalar que se trata de una remisión relativa o con perfiles muy bajos. Tanto es así que el Tribunal Constitucional no ha dejado de calificar el trámite de admisión, presupuestos y requisitos incluidos, como cuestión de legalidad ordinaria (entre otras, STC 16/2015, de 16 de febrero).

Por tal motivo y principalmente cuando afecta a la casación, advierte que solo ante inadmisiones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o basadas en error de hecho patente podría apreciarse la vulneración del artículo 24.1 de la CE; y ello al englobarse en dicho precepto el derecho a una respuesta jurisdiccional de fondo, que lo ha de ser motivada, si concurren las exigencias, formales o no, establecidas al efecto (luego art. 6 –y no 13– CEDH).

A. Su condición de derecho fundamental

Como es sabido, el derecho al recurso –entendido éste, ha de insistirse, como medio de impugnación de resoluciones judiciales– aparece de forma expresa y por primera vez en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (3). Su artículo 14.5 recoge la prerrogativa, constreñida al condenado en un proceso penal, a que la sentencia condenatoria dictada y la pena impuesta sea revisada por un tribunal superior.

Naturalmente, esta previsión conduce de modo inexorable a conferir al derecho al recurso allí establecido el calificativo de fundamental. Y asimismo, la atribución de su titularidad a la parte pasiva de un litigio criminal, y en cuanto condenado en el mismo, nos sitúa con bastante seguridad ante un derecho fundamental de condición procesal.

a) Dejando a un lado esta última caracterización y centrándonos en la primera y principal, la integración del derecho al recurso en aquella categoría no parece plantear excesivos problemas. Tanto nos acerquemos a la concepción política o material de los derechos fundamentales como a la jurídica o formal se cumplirían las premisas necesarias para el otorgamiento de semejante calificación (4).

(3) Esta normativa fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en Resolución 2200 (XXI), entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Es conocido que su ratificación por España se produjo, sin reserva alguna, en instrumento de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de dicho mes y año), convirtiéndose así en derecho interno por imperativo del artículo 96.1 de la Constitución Española. Igualmente es conocido que su artículo 2 determina que cada uno de los Estados parte se compromete: (i) «a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos» en el mismo, sin distinción alguna; (ii) «a adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos» en él contemplados; y (iii) a otorgar a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados la facultad para interponer un recurso efectivo, y ello «aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

Así las cosas, repárese que el compromiso adquirido por los países firmantes comporta dos tipos de actitudes. Pasivas en primer lugar, una especie de obligación de no hacer: abstenerse de vulnerar lo dispuesto en el Pacto. Y sobre todo –y de ahí nuestra anterior cursiva–, posturas activas, obligación que sería de hacer: establecer las normas precisas para dar efectividad a los derechos.

(4) La distinción, clásica ya, en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2005, pp. 36 y 37. Con alguna matización, la misma puede verse en otros constitucionalistas y con ocasión tanto de tratamientos generales de los derechos fundamentales como específicos sobre algún tema particular. Así RUBIO LLORENTE, F., «Una Carta de dudosa utilidad», en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, director MATIA PORTILLA, F. J., Madrid, 2002, p. 189, quien añade que la función de los derechos fundamentales en sentido lato o material es «fijar finalidades necesarias de su acción, objetivos que en todo caso el poder ha de perseguir», mientras que en su entendimiento estricto o formal ésta consiste en «establecer límites a su acción». De este mismo autor «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en Espa-

– De acuerdo con la primera teoría, que se fija esencialmente en el contenido, son fundamentales «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídico-positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas» (5).

Ninguna duda, en consecuencia, para encuadrar en dicha proposición el derecho al recurso del condenado en un proceso penal. No en vano posee carácter universal, las expectativas –positivas o negativas– se atribuyen a todos los litigantes que se sitúan en aquella posición procesal y su concesión, que lo es por disposición expresa de un ordenamiento jurídico –aquí de condición internacional–, conserva como beneficiario cualquier persona con independencia de nacionalidad, lugar de residencia o condicionante similar.

– La segunda concepción, que tiene en cuenta las características específicas de la regulación en cuestión, de ahí su denominación como jurídica o formal, parte de la base de que «son derechos fundamentales aquéllos que están declarados en normas constitucionales o, al menos, en normas de rango supralegal». No han faltado autores que, incluso y muy gráficamente, llegan a afirmar que los mismos «nacen con la Constitución» y acaban con ella (6).

Pues bien, igualmente desde esta perspectiva se podría sostener y defender análoga caracterización para el derecho al recurso. Siguiendo los postulados enunciados, en absoluto incompatibles con los anteriores, debe insistirse en su previsión en el artículo 14.5 del PIDCP y, además y ya en sede europea, en su disposición en el artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio de Derechos Humanos donde, en parecidos términos, se recoge el «Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal» (7).

ña», en *Claves de razón práctica* núm. 75, 1997, pp. 2-10; y «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional* núm. 4, 2006, pp. 203-233. Muy claro también RODRÍGUEZ BEREJO, A., «Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo», en *Diario la Ley*, 1996, versión electrónica B. D. *General la Ley*.

Y ello sin olvidar que los dos modos de entender el derecho fundamental no son mutuamente excluyentes. Al contrario, nada impide su compatibilidad como sucede en el caso que nos ocupa.

(5) FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid 1999, p. 37. Esta tesis es mayoritaria en el campo de la Filosofía del Derecho, aunque también constitucionalistas importantes se suman a ella. Véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* núm. 71, 1991, pp. 87-109.

(6) Los entrecuadrados de Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 37, y CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 49.

(7) La fecha es ahora el 22 de noviembre de 1984, si bien debe advertirse que la ratificación española del Protocolo tiene un matasellos más reciente, el 28 de septiembre –con entrada en vigor el 1 de diciembre– de 2009, como consecuencia de la espera motivada por la necesidad de superar el escollo de Gibraltar (BOE de 15 de octubre de dicho año). Y al respecto no está de más indicar: (i) que el Convenio, que se había firmado en Roma el 4 de diciembre de 1950 y por España el 29 de septiembre de 1979, no contenía previsión alguna sobre el derecho al recurso; (ii) que, sin embargo, este silencio

Y no hace falta incidir en que tales normas, una y otra, gozan de la condición «supralegal» exigida desde esta segunda concepción de los derechos fundamentales.

– Con todo, se podría objetar que en nuestro país –y a diferencia de otros textos constitucionales– no existe disposición alguna que expresamente dé cobertura al referido derecho (8). Y es verdad. Pero forzoso resulta reconocer que esta objeción, no desmentida por la presencia en la Constitución de distintas referencias a la impugnación –que lo son además dispersas y en muchos casos implícitas (9)–, carece de suficiente entidad. No puede ignorarse, en efecto, que aquellos preceptos internacionales fueron suscritos por España y que debido a ello y en aplicación de los artículos 96.1 y 10.2 de la CE se paraliza cualquier discusión sobre el reconocimiento patrio de similar derecho fundamental.

Por consiguiente, también en España se concede un derecho al recurso con aquella naturaleza tratándose del condenado en un litigio de naturaleza criminal y para someter a un tribunal superior la revisión de la condena impuesta. Entonces y solo entonces es cuando se configura como «*irrenunciabile garanzia di giustizia*» a integrar en el artículo 24.2 de la CE.

b) Dicho lo anterior y aproximándonos a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales –lo que se traduce «en la existencia de un deber general de protección y promoción de los mismos por parte de los poderes públicos»–, tres consideraciones finales devienen precisas:

– En primer lugar, ha de observarse que resulta incompatible con lo dispuesto en el Pacto –y en el Protocolo y en nuestra Carta Magna– cualquier norma procesal interna que excluya en el seno del proceso penal la previsión de un instrumento de ataque contra la sentencia de condena o, en su caso, que rechace en un supuesto concreto la revisión exigida de la pena impuesta por el órgano jurisdiccional de instancia superior.

no fue óbice para que la doctrina viniera señalando que la falta de mención no debía interpretarse como una exclusión expresa de la impugnación (véase CHIAVARI, M., *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1982, pp. 184 a 187).

Los parecidos términos se encuentran en el número 1 de aquel precepto: «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, será regulado por la ley».

En su número 2, sin embargo y a diferencia del artículo 14.5 del Pacto, se matiza: «Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución».

(8) El artículo 111 de la Constitución italiana dispone por ejemplo: «(...) *Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (...)*».

(9) Desde luego, tales menciones no permiten colegir, ni en sí mismas consideradas ni en cuanto excluidas del Capítulo Segundo del Título I, su consideración como derecho fundamental. Nótese que el artículo 118 tan solo establece la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes; que, por su parte, el artículo 123. I sencillamente determina la superioridad del Tribunal Supremo en todos los órdenes; y que, por último, el artículo 152.1. III, si bien cita a las instancias procesales, lo hace partiendo de su previa existencia sin exigir una u otra creación. Véase BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1992, pp. 593 y 594, y SUAU MOREY, J., *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Barcelona 1995, p. 32.

Negativamente, en consecuencia, extramuros de este derecho se encontrarían las resoluciones dictadas bajo forma distinta –como es lógico salvo error–, los pronunciamientos civiles en ella contenidos o las sentencias absolutorias (10). Por el contrario y en sentido afirmativo, formarían parte de su contenido esencial las sentencias de signo condenatorio dictadas en litigios penales que, indefectiblemente, habrán de poder ser recurridas ante un tribunal superior.

– En segundo lugar y en cambio, ha de señalarse que resulta compatible con lo dispuesto en el Pacto –y en el Protocolo y en nuestra Carta Magna– cualquier norma procesal interna que, además de recoger las exclusiones vistas, ampare alguno de los escenarios siguientes: (i) uno, que en el marco de procesos no penales –y con independencia de su forma o sentido– deseche la presencia de un instrumento de ataque contra las resoluciones judiciales allí emitidas; (ii) y dos, que en el seno de un litigio criminal prescindiera del establecimiento de un medio de impugnación sucesivo al dispuesto para satisfacer el derecho del condenado a la revisión de la condena y la pena impuesta.

Luego desde la perspectiva del derecho fundamental al recurso ninguna trascendencia tendría que se determinara la irrecurribilidad total de las resoluciones judiciales que acaban de referirse. Tampoco y con mayor motivo si el legislador, siguiendo el adagio quien puede lo más puede lo menos –*qui potest plus, potest minus*–, fijara una irrecurribilidad parcial. La libertad para disponer la firmeza de la resolución alcanza, lógicamente, a su alternativa: ordenar su impugnación y hacerlo con o sin limitación de motivos, con o sin selección de asuntos y con o sin condicionantes específicos de acceso. Y en esta opción, no se olvide, su única atadura derivaría del respeto a los derechos procesales presentes en cualquier litigio y en cualquier fase del mismo.

– Por último y enlazando con la primera observación, ha de resaltarse la dificultad de otorgar carácter absoluto a este derecho al recurso definido como fundamental de naturaleza procesal, de titularidad específica –el condenado en un proceso penal– y contenido confinado –revisión de la condena y la pena impuesta por un tribunal superior–.

Sin que pueda negarse que el tenor literal del artículo 14.5 del PIDCP carece de salvedad alguna al respecto y que la mayoría de los países firmantes, el nuestro incluido, omitieron formular las correspondientes reservas, resulta sumamente cuestionable asumir aquella caracterización. Máxime cuando colisionaría con la proclamada, aunque con matices, relatividad de los derechos fundamentales y cuando, ya en particular, se enfrentaría a lo dispuesto en la propia normativa del Consejo de Europa. Antes se ha mencionado, el artículo 2.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH faculta a los Estados firmantes la previsión de excepciones en tres ámbi-

(10) En el último supuesto podría ser matizable como consecuencia del motivo de absolución. En este sentido se pronuncia, y no sin cierta razón, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», en *AJA* 1998 núm. 331 (BIB 1998/538), para quien la expresión fallo condenatorio no debería ser literalmente interpretada permitiéndose extender «el significado de la misma a los pronunciamientos penales mediante los que se imponga una pena y a aquellos otros que, aunque absolutorios, no declaren expresamente la falta de participación del acusado en los hechos enjuiciados». No obstante, que se le deba presuponer interés no significa que sea titular de un derecho de caracterización fundamental como el que nos ocupa.

tos distintos: infracciones leves, juicios de instancia ante la jurisdicción superior y condenas en la resolución de un recurso contra la absolución.

En estas condiciones no extrañará que nuestro ordenamiento jurídico participe de las tesis europeas. Una aproximación al mismo permite descubrir que, a la hora de regular la garantía de revisión de las sentencias penales condenatorias, el legislador patrio sigue los parámetros del Convenio de Roma consintiendo alguna de las asimetrías allí contempladas. Así y aunque dispone la recurribilidad –en apelación– de las sentencias dictadas por delitos leves, concluye lo opuesto: (i) en procesos seguidos contra aforados ante el Tribunal Supremo cuya sentencia, condenatoria o absolutoria, resulta irrecurrible; (ii) y en ciertas absoluciones en instancia que, recurridas por la acusación, se revocan y dan lugar a una sentencia de condena firme (arts. 904 y 977 LECrim).

A la vista de lo anterior, solo queda advertir y rechazar la falta de armonía que, entre normativas internacionales y sus correspondientes intérpretes, impera en el ámbito de los derechos humanos, concretamente del derecho al recurso. Ni son apropiadas ni aceptables ni, desde luego, fáciles de entender (11).

B. Su configuración conforme a lo prescrito en la ley

En esta exposición general falta un dato adicional. Para respetar el derecho fundamental al recurso recogido en los artículos 14.5 del PIDCP, 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH y 24.2 de la CE los poderes públicos han de disponer su establecimiento, procediendo a tal efecto «conforme a lo prescrito en la ley».

A priori, pues, la única obligación que se derivaría para el titular de la potestad legislativa se sintetiza en una actuación positiva: proporcionar al penalmente condenado una posibilidad de impugnación a través de lo que en nuestra terminología sería un recurso devolutivo con suficiente extensión como para permitir la revisión del juicio de culpabilidad efectuado. De este modo, el compromiso internacionalmente adquirido se cumpliría disponiendo su existencia y atendiendo a esos dos

(11) Hasta tal punto es así que la relatividad de la normativa europea llevó a la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU, a emitir un voto particular al Dictamen de 26 de agosto de 2005, caso Bernardino Gomariz Varela. En dicho Dictamen se condenaba a España por carecer el condenado de posibilidad de recurso tras una primera sentencia absolutoria. Y en la disidencia se anotaba sobre la perturbación que semejante planteamiento podía producir en los sistemas jurisdiccionales de muchos países de tradición romanista y sobre la necesidad de evitar aplicaciones extensivas de la postura del Comité. Para su autora, la propia existencia del Protocolo núm. 7 al CEDH y su régimen de excepcionabilidad del derecho al recurso daría lugar a que todos los Estados europeos firmantes llegaran a incumplir lo dispuesto en el Pacto. Son sus palabras: «Está fuera de duda que, en la tradición jurídica de los países de *common-law*, un tribunal de apelación no puede modificar una sentencia de absolución en tribunales inferiores y, realmente, si así lo hiciese, ello plantearía graves cuestiones constitucionales. La independencia histórica del jurado constituido en virtud del *common-law* ha mantenido sus veredictos absolutorios más allá de cualquier revisión. Pero en los países de tradición jurídica romanista, entre ellos Estados como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, una absolución dictada por un tribunal de primera instancia es viable, al parecer, de ser declarada nula en favor de una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia. Los tribunales internacionales sobre crímenes de guerra creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los delitos de guerra en la ex Yugoslavia y en Rwanda también otorgan esa misma potestad a la Sala de Apelaciones, sin que exista derecho a interponer nuevo recurso».

elementos en que el derecho se desdobra: de un lado y desde una perspectiva objetiva, examen y verificación de la condena y la pena impuesta, de otro y competencialmente, conocimiento por un órgano superior.

Por lo que a España afecta, el segundo componente no parece plantear excesivos problemas y ello aunque la hermenéutica de la superioridad orgánica pueda incluir una doble vertiente, jerárquica y/o funcional (12). El primero, sin embargo, ofrece o ha ofrecido mayores dificultades de concreción; y el debate se centra en el significado del término revisión –íntegra o no– y, consiguientemente, en las facultades de conocimiento que se han de conceder al tribunal *ad quem*, su ámbito de actuación en definitiva: ¿recae solo sobre el derecho aplicado –*quaestio iuris*– o incide también en los hechos declarados probados –*quaestio facti*–?

No se descubre nada nuevo al señalar que el silencio de los textos internacionales referidos –y, claro es, el de nuestra propia Constitución– dejó en manos de sus respectivos exégetas la tarea de determinar si devenía indiferente desde el derecho fundamental al recurso la tipología de impugnación dispuesta por el legislador o, por el contrario, requería de una modalidad concreta, que, en principio, sería aquella que otorgara más amplitud en las facultades de «fiscalización».

a) En clave interna, el interrogante fue resuelto desde la literalidad de esa remisión a lo dispuesto en la ley. De ella dedujo el Tribunal Constitucional la autonomía del titular del Poder Legislativo para, una vez previsto, configurar técnicamente el concreto recurso, esto es, para conformar el ámbito revisor de la sentencia condenatoria que ha de someterse al tribunal superior.

Simplificando tal vez en exceso, nótese que en aquellos momentos el proceso penal –y nos referimos al surgido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882– estaba ordenado como de instancia única con recurso devolutivo y extraordinario –casación–. Su salvedad inicial se encontraba en el juicio de faltas, extendiéndose posteriormente a los procedimientos por delitos que podríamos denominar menos graves, ambos configurados bajo el criterio de doble grado y con un recurso devolutivo y ordinario para darle entrada –apelación–.

Por tanto, al margen de la regulación del proceso de jurado o de menores y antes de la reforma de 2015, el sistema de impugnación penal giraba en torno a una única fase de recurso frente a la sentencia de instancia: (i) casación, como regla general y con esta naturaleza extraordinaria que se traducía en restricciones de acceso y de conocimiento al tasarse y limitarse los motivos de impugnación (arts. 847 y ss. LECrim); (ii) y apelación, en menor medida –solo para ilícitos de gravedad inferior– y desde esa condición de ordinario que, en teoría al menos,

(12) En realidad, la superioridad siempre ha sido exigencia cuestionable ya que, en términos de estricta técnica-jurídica, la misma no resulta imprescindible para delimitar el criterio de doble grado de jurisdicción. Así y entre otros, PIZZORUSO, A., «Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali», en *RD Processuale* 1978, pp. 47 a 49 –y tanto desde la perspectiva procesal como de la organizativa–. Prueba de ello son: (i) en nuestro derecho histórico, el recurso de súplica o de primera suplicación procedente frente a las sentencias dictadas en apelación por las Chancillerías o Audiencias, que era conocido y resuelto por ellas mismas aunque lógicamente la Sala de Justicia competente estaba formada por personas distintas; (ii) y actualmente, el recurso de apelación en sede de la Audiencia Nacional (arts. 64, 64 bis y 65 LOPJ). Al respecto véase CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La segunda instancia penal*, Cizur Menor, 2005, pp. 142-149.

autorizaba revisiones tan amplias como quisiera desarrollar el recurrente al formular su pretensión impugnatoria (art. 790 –antes 795– y ss. y 976 LECrim).

De ahí alguno de los pronunciamientos de quienes interpretaban en último término la Constitución y la legalidad ordinaria: «en nuestro ordenamiento cumple tal función en determinados supuestos el recurso de apelación (...); y permite asimismo que dentro del ordenamiento jurídico en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un tribunal superior» (STC 37/1988, de 3 de marzo, o STS 1173/2009, de 17 de noviembre, y ello sin perjuicio de reconocer ambos órganos que era necesaria una modificación legal).

Y no solo. No debe olvidarse, en efecto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo una interpretación similar en aplicación del Convenio de Roma. Con decisiones como la de 24 de septiembre de 2015, caso Dorado Baúlde contra España, avaló la hermenéutica de los órganos jurisdiccionales patrios al declarar inadmisibles las demandas que en tal sentido presentaron quienes fueron condenados. Y lo hizo, repárese, sobre la base de argumentos como los siguientes: «El Tribunal reitera que los Estados contratantes disponen en principio de un amplio margen de apreciación para determinar en qué forma se ejerce el derecho garantizado por el artículo 2 del protocolo núm. 7 del Convenio. Por consiguiente, el examen por parte de una jurisdicción superior de una declaración de culpabilidad o condena puede referirse a ambas cuestiones de hecho y cuestiones de derecho o limitarse únicamente a las cuestiones de derecho (ver *Krombach c. Francia*, núm. 29731/96, párrafo 96, TEDH 2001-II, y *Shvydka c. Ucrania*, núm. 17888/12, párrafo 49, de 30 de octubre de 2014). A este respecto, los Estados contratantes pueden limitar el ámbito del examen por una jurisdicción superior en virtud de la referencia en el párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo núm. 7 a la legislación nacional (ver *Müller c. Austria* (núm. 2), núm. 28034/04, párrafo 37, de 18 de septiembre de 2008). En varios Estados miembros del Consejo de Europa dicho examen se limita a cuestiones de derecho o puede estar sujeto a que la persona que desea recurrir deba solicitar previamente la admisión del recurso [ver *Pesti y Frodl c. Austria* (dec.), núm. 27618/95 y 27619/95, TEDH 2000-I (extractos)]» (13).

b) Empero, no fue ésta, o no lo fue exactamente, la postura de otro de los intérpretes cualificados de la normativa en cuestión. Nos referimos al Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano convencional compuesto por dieciocho miembros que se eligen por cuatro años –con posibilidad de reelección– y que tiene por misión controlar la observancia del Pacto por los Estados firmantes (art. 28 PIDCP)⁽¹⁴⁾. Sus pronunciamientos iniciales sobre el artículo 14.5 de la nor-

(13) Al respecto puede verse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El doble examen en la jurisdicción penal», *BICAM* 2001 núm. 17, pp. 121-123, y las resoluciones del TEDH que allí se recogen. A ellas se podrían añadir las SSEDH, aunque no referidas a España, de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach* contra Francia, y de 13 de enero de 2009, caso *Taxquet* contra Bélgica. Y ya afectando a nuestro país la STEDH de 25 de mayo de 2010, caso Alberto Cortina de Alcocer y Alberto de Alcocer Torra contra España.

(14) Tres datos podrían ser de utilidad:

Ante todo, que desde el comienzo de su actividad –en Ginebra y Nueva York, de forma anual y con tres periodos ordinarios de sesiones–, dicho control ha venido realizándose a través de vías distintas. Entre ellas se encuentran, y al margen dejamos los informes periódicos –que lo son iniciales, en el plazo de un año desde la entrada en vigor para el Estado, y sucesivos cada vez que el Comité lo pide

mativa internacional y la casación española –recuérdese, en momentos previos a 2015 único recurso previsto en sede de proceso ordinario y abreviado competencia de órgano colegiado– no admitían duda: el instrumento impugnativo al que tenía derecho el condenado necesariamente debía consentir la revisión íntegra del fallo condenatorio. Revisión íntegra que abarcaría cualquier tipología de error, fáctico y jurídico, y que solo se conseguiría con un recurso de alcance distinto y sin restricciones en su motivación. En nuestro sistema, claro es, apelación y siempre que no terminara configurada de forma anómala.

De ahí, y en lo que aquí y ahora interesa, las numerosas condenas a España. Por su mayor protagonismo cabe destacar la primera, contenida en el Dictamen de 11 de agosto de 2000, Comunicación núm. 701/1996, de 29 de mayo de 1995, caso Cesáreo Gómez Vázquez contra España, donde se indica: «En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este 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

(art. 40)–, las reclamaciones interestatales –alegaciones de un país frente a otro por incumplimiento del tratado (arts. 41 y 42)– y las individuales –reproches ahora de personas concretas y por idéntica razón–, que son verdaderamente las que en estos momentos importan.

Después y enlazaríamos con el punto anterior, que, conforme al Protocolo Facultativo del PIDCP, de la misma fecha y entrada en vigor que este último, adhesión por instrumento de 17 de enero de 1985 (*BOE* de 2 de abril del mismo año), «todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita» (art. 2). Se trata, pues, de un instrumento «facultativo cuasi-contencioso» que se pone a disposición de cualquier sujeto para denunciar la vulneración, supuestamente realizada por uno de los Estados firmantes, de aquellos derechos y en tanto en cuanto titular de los mismos. De ahí el carácter de reclamación individual: a presentar por la presunta víctima, por su representante o por cualquier otra «persona que justifique que esté capacitada para actuar» en su nombre cuando sea evidente que aquella no está en condiciones de hacerlo personalmente (art. 90 Reglamento del CDH, de 24 de abril de 2001).

Finalmente, que España ha reconocido «la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto» (art. 1 Primer Protocolo Facultativo del PIDCP). Este reconocimiento, no obstante, tan solo compromete la responsabilidad internacional del país en cuestión, sin que en modo alguno pueda entenderse como cesión o atribución de potestad jurisdiccional al mencionado organismo de la ONU. Así las cosas, la efectividad del sistema resulta francamente limitada. Se reduce, por un lado, al régimen de publicidad que ordena el artículo 6 del propio Protocolo y que prevé la inclusión de un resumen de las comunicaciones examinadas en el informe anual que sobre sus actividades ha de presentar conforme al artículo 45 del Pacto. Se circunscribe, por otro, a la vía dispuesta en el artículo 95 del RCDH donde se establece la designación de un relator especial para el seguimiento de las observaciones aprobadas, relator que informará periódicamente al Comité de los contactos, recomendaciones y medidas realizados al respecto y que éste nuevamente incluirá en su informe final. No extrañará entonces el exiguo alcance de sus dictámenes condenatorios, su lenta y generalmente mínima influencia en el comportamiento de los poderes públicos correspondientes. La excepción, sin duda, la regulación que nos ocupa.

fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, 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. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto» (15).

c) En este contexto de rechazo de nuestro sistema de impugnación, no debería causar excesiva sorpresa el cambio que se produjo en la concepción de la casación penal por parte del Tribunal Supremo. Tras aquella condena y basándose en ciertos pronunciamientos del Constitucional sobre la necesidad de reinterpretar aquel medio de impugnación en el sentido más favorable para el derecho al recurso, la Sala Segunda: (i) comenzó a eludir anteriores explicaciones sobre la naturaleza extraordinaria de la casación y la imposibilidad de apertura de una tercera instancia; (ii) y continuó con hermenéuticas expansivas de los motivos de recurso y, en particular, del relativo a la vulneración de la presunción de inocencia. Y todo ello en un intento de «demostrar» la amplitud de su ámbito de conocimiento revisor.

Dicho con palabras del propio órgano casacional: se pasó de considerar «terminantemente prohibido hacer una nueva valoración de los hechos» a entender factible similares facultades desde la perspectiva y al amparo de una obligada verificación de la existencia de prueba de cargo, suficiente y apreciada de forma no arbitraria, irracional o absurda (por todas, SSTs 676/2004, de 28 de mayo, 1000/2005, de 19 de julio y 1056/2005, de 27 de septiembre).

Muy probablemente, ésta y no otra fue la razón por la que el recurso de casación, ya sin objeciones, terminó satisfaciendo el derecho fundamental recogido en el artículo 14.5 del PIDCP. El nuevo y extensivo modelo construido por la jurisprudencia daba perfecto cumplimiento a las exigencias internacionales de previsión, en el proceso penal y a favor del condenado, de un régimen impugnatorio revisor de la condena y la pena impuesta. Como es lógico y sin que requiera de mayor explicación, ello condujo a que se produjera una equiparación, a tales efectos al menos, entre los dos clásicos y a la vez diferentes instrumentos de impugnación de sentencias: el ordinario de apelación, en aquellos procesos conformados bajo el criterio del doble grado de jurisdicción, y el extraordinario de casación, en todos los demás que, por otra parte y en aquellos instantes, eran mayoría.

A partir de esta doctrina, solo quedaba que la asimilación «funcional» expuesta fuera aceptada, homologada, por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Así ocurrió, estrenándose una segunda etapa, visible a partir de 2005, donde no solo las condenas a España disminuyeron notablemente sino que la tesis del organismo internacional, con variación de discurso incluida, fue declarar la inadmisión de las comunicaciones presentadas. Inauguró este camino la Decisión de 10 de mayo de 2005, Comunicación núm. 1356/2005, de 12 de diciembre de 2004, interpuesta

(15) Le siguieron Dictámenes como los de 19 de septiembre de 2003, Comunicación núm. 986/2001, de 18 de diciembre de 1999, caso *Joseph Semey*, y Comunicación núm. 1007/2001, de 15 noviembre de 2000, caso *Manuel Sineiro Fernández*; de 1 de noviembre de 2004, Comunicación núm. 1101/2002, de 19 de junio de 2002, caso *José María Alba Cabriada*; o de 25 de mayo de 2005, Comunicación núm. 1104/2002, de 31 de julio de 2001, caso *Antonio Martínez Fernández*. Naturalmente todas los asuntos contra España.

por Antonio Parra Corral. Su lectura, y lo es a título de muestra pues le siguieron otras muchas (16), permite descubrir cómo el Comité, haciendo hincapié en el texto de la sentencia de casación que se ataca, concluye coligiendo que el Tribunal Supremo: (i) examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas realizadas por el órgano *a quo*; (ii) se ocupó de las cuestiones de fondo en profundidad; (iii) y entró a analizar la vulneración de la presunción de inocencia y la suficiencia de los elementos probatorios aportados.

2. EL ACTUAL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN PENAL

Da la impresión que el cambio de parecer del Comité sobre la casación española no fue tomado en consideración por nuestros responsables políticos. Todos, sin excepción, mostraron su disposición favorable a acatar aquella hermenéutica primera contraria a la satisfacción del derecho al recurso a través de la regulación dispuesta en los artículos 847 y siguientes de la LECrim. Tanto es así que, con independencia del partido gobernante y del respectivo titular de su Ministerio de Justicia, la llamada de atención fue constante y reiterada: nuestra legislación procesal penal debía reformarse para, entre otras cosas, modificar el sistema de recursos y generalizar la segunda instancia.

Desde esa inclinación positiva y unánime se llegaron a arbitrar normas competenciales específicas y al mismo tiempo a plantear reformas legislativas diversas – orgánicas y procesales – que se dirigían, al menos en teoría, a hacer realidad la construcción del proceso penal bajo el criterio del doble grado de jurisdicción. Sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que inició el camino, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que lo culminó materializando aquellos originarios designios.

(16) Hasta 2010, por ejemplo, se dictaron las siguientes Decisiones: de 16 de agosto de 2005, Comunicación núm. 1389/2005, de 2 de diciembre de 2004, presentada por Luí́s Bertelli Gálvez; de esa misma fecha, Comunicación núm. 1399/2005, de 18 de noviembre de 2004, presentada por Luí́s Cuartero Casado; de 21 de noviembre de 2005, Comunicación núm. 1059/2002, de 12 de febrero de 2001, presentada por Héctor Luciano Carvallo Villar; de 24 de abril de 2006, Comunicación núm. 1094/2002, de 15 de noviembre de 2002, presentada por Jesús Herrera Sousa; de 26 de abril de 2006, Comunicación núm. 1102/2002, de 15 de agosto de 2001, presentada por Seméy Joe Jonson; de 9 de agosto de 2006, Comunicación núm. 1293/2004, de 17 de junio de 2002, presentada por Maximino de Dios Prieto; de 11 de agosto de 2006, Comunicación núm. 1387/2005, de 7 de abril de 2004, presentada por Laureano Oubiña Piñeiro; de 14 de agosto de 2006, Comunicación núm. 1441/2005, de 11 de noviembre, presentada por Apolonio García González; de 13 de noviembre de 2006, Comunicación núm. 1096/2002, de 8 de marzo de 2001, presentada por Fernando Guardiola García; de 15 de noviembre de 2006, Comunicación núm. 1305/2004, de 26 de septiembre de 2001, presentada por Víctor Villamón Ventura; o de 22 de agosto de 2007, Comunicación núm. 1386/2005, de 5 de abril de 2004, presentada por Tchanko Roussev Georguiev. Y, adeḿs y rechazando la violación del Pacto, se emitieron los Dictámenes de 18 de abril de 2006, Comunicación núm. 1156/2003, de 13 de diciembre de 2002, presentada por Rafael Pérez Escolar; o de 16 de enero de 2007, Comunicación núm. 1181/2003, de 20 de septiembre de 2002, presentada por Francisco y Ramón Amador Amador.

Muy ilustrativa al respecto es la Exposición de Motivos de esa última normativa. En ella se refleja la necesidad de «afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal», incluyéndose entre las mismas –y en tanto que pendiente desde el año 2003– la generalización de la segunda instancia penal (17). Y en esta recapitulación y de forma muy breve hay que tener presente:

a) Que la reforma aprobada no se limitó al doble grado. Se enmarcó en un propósito más amplio que ha afectado a todo el régimen impugnatorio de las sentencias penales. Por ello y al tiempo de generalizar la segunda instancia, mejor, la apelación, se introdujeron ciertas modificaciones en el recurso extraordinario ulterior, casación, que también y con las particularidades que a continuación se verán se generaliza. Brevemente y anotando que el proceso de jurado y el de menores directamente no sufren cambio alguno:

– El legislador de 2015 no solo conservó la apelación en los juicios rápidos y en los procedimientos, antes faltas, por delitos leves, sino que además dispuso que todas las sentencias dictadas en el seno del proceso abreviado, competencia o no de órgano unipersonal, y del proceso ordinario por delitos graves fueran recurribles en apelación.

La defensa del *ius litigatoris*, entendido en sentido amplio y seguramente poco técnico como derecho del litigante gravado a recurrir por los errores, fácticos y/o jurídicos, cometidos en la sentencia (véase *infra* II.2-C), aparece así en su plenitud y, en principio, sin las restricciones subjetivas que permitiría, en principio también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nótese que el artículo 790.1 y 2 de la LECrim dispone que el recurso puede «ser interpuesto por cualquiera de las partes» y que en el escrito de formalización «se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación». La única matización que cabría destacar vendría dada por el significado de la segunda alegación cuando el apelante es la parte acusadora. Sucede entonces que la acusación, con suplico de anulación de la sentencia

(17) Dice así: «En esta ley se regularán las cuestiones que no requieren desarrollo mediante ley orgánica, que tendrán una regulación paralela en una norma con dicho rango, y que son las siguientes: ... c) la instauración general de la segunda instancia, d) la ampliación del recurso de casación y e) la reforma del recurso extraordinario de revisión. ... Pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas».

Al respecto véase MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid 2015, pp. 533 a 557.

o, en su caso, del juicio oral, deberá justificar «la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada» (arts. 790.2. III y 792.2 LECrim).

El legislador de 2015 estableció también que las sentencias dictadas en apelación fueran recurribles en casación. Incluso cuando los procesos se siguieran por delitos que llevaran aparejada pena inferior a cinco años de prisión o cualquier otra de distinta naturaleza. Y de nuevo muy ilustrativa es la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre (18).

Surge así la salvaguardia del denominado, en una expresión generalizada, *ius constitutionis*, atribuyendo a la casación esas finalidades nomofilácticas, mejor, uniformadoras que se hallan más cercanas y son más propias del interés público que del privativo del litigante gravado. Aunque no del todo. Obsérvese, aquí y de un lado, que la impugnación sigue siendo instrumento de parte, lo que significa que no podrá obviar la tarea de atender a las pretensiones particulares del justiciable. Y, de otro, que se ha perdido la oportunidad de circunscribir el ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo a la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico –penal y, en su caso, procesal penal–. Dos datos: (i) se mantiene como motivo del recurso de casación, tratándose de delitos graves, el error en la apreciación de las pruebas basado en documentos; (ii) y la vulneración de la presunción de inocencia continúa siendo alegación admisible, aunque muy probablemente queda a la espera de una futura y tal vez novedosa hermenéutica jurisprudencial (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim) (19).

(18) Leemos: «Junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. (...) Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad. En segundo lugar, se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad. Y, finalmente, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. (...) De esa forma, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales».

(19) Acaso la espera no sea tan larga. El ATS 9349/2017, de 20 de julio, al que más adelante haremos referencia, señala con claridad que la función revisora en casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia «se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación». Al respecto, VILLEGAS GARCÍA, M. A., y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación», en *Diario la Ley*, 6 de marzo de 2018.

b) Que la ampliación anunciada y dispuesta cuenta con una doble excepción:

– Respecto a la generalización de la apelación, las salvedades hacen referencia a las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, que solo son recurribles en casación [art. 847.1.a).1.º LECrim], y a las pronunciadas, igualmente en primera instancia, por el propio Tribunal Supremo, contra las que no cabe recurso alguno (art. 904 LECrim) (20).

– En lo que concierne a la casación, generalizada también frente a las sentencias de segunda instancia, las exclusiones afectan, de un lado, a las que se hubieren dictado en procedimientos por delitos leves y, de otro, a aquellas cuyo fallo en apelación fuera la declaración de nulidad de la dictada en la instancia. De este modo se establece en el artículo 977 y en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien en el último precepto se distingue, en función del órgano de procedencia, los motivos que permiten su acceso: infracción de ley y quebrantamiento de forma tratándose de fallos de los Tribunales Superiores de Justicia –Sala de lo Civil y Penal– y de la Audiencia Nacional –Sala de Apelaciones– e infracción de ley, sin incluir el error de hecho basado en documentos, respecto de los originarios de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional –Sala de lo Penal– (21).

c) Que el régimen –cuasi– generalizado de apelación y de posterior casación parece solventar gran parte de la problemática surgida en relación con el derecho al recurso reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional y su interpretación por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Es fácilmente constatable, en efecto, que con la reforma de 2015 el ordenamiento español se ha dotado de un instrumento de ataque *a priori* suficiente a los fines de cumplir con la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria: el recurso de apelación. Igualmente puede comprobarse sin especial dificultad que la sentencia estimatoria dictada tras una primera absolutoria que fue apelada o bien tiene la condición de recurrible, cuando se trata de una sentencia de condena y a través un medio de impugnación devolutivo y extraordinario, casación, o bien deviene inimpugnable, cuando resulta anulada y procede la devolución de la causa al órgano *a quo* (arts. 790.2 y 792.2 LECrim y en función de la causa de pedir alegada

(20) Por razones obvias no se ha incluido entre las excepciones la decisión que pone fin al proceso por aceptación de decreto, igualmente no «susceptible de recurso alguno» (art. 803 bis i LECrim).

(21) Sobre ello, Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016 donde se advierte: (i) que «el artículo 847 1.º letra b) de la LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849.2.º, 850, 851 y 852»; (ii) y que «los recursos articulados por el artículo 849.1.º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva».

–infracción de ley, de un lado, y quebrantamiento de forma o error en la apreciación de la prueba, de otro–) (22).

Así pues, la única situación conflictiva que quedaría por resolver es la relativa a procesos de instancia única seguidos ante el Tribunal Supremo en el caso de aforados. Y en este punto solo recordar la salvedad dispuesta en el artículo 2.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH y la doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Supremo contraria a las decisiones del Comité de la ONU que vieron en la regulación española un incumplimiento de la normativa internacional (Sentencias del TC 66/2001, de 17 de marzo, y 64/2001, de 17 de marzo, y Dictámenes del CDH ONU de 15 de noviembre de 2004 y 8 de agosto de 2006) (23).

II. LAS CONSECUENCIAS PARA EL RECURSO DE CASACIÓN. DOS DE TRES

Las modificaciones advertidas en el sistema de impugnación han tenido incidencia inmediata en el derecho al recurso concebido como esa garantía esencial del proceso penal que atribuye al condenado en la primera instancia del mismo la facultad, *rectius*, el derecho fundamental a dirigirse a un tribunal superior para que revise «el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto» (art. 14.5 PIDCP).

(22) Con todo, podría ocurrir, lo que nos situaría en la hipótesis siguiente del texto, que tras dos absoluciones en primera y segunda instancia se produjera la condena en casación. Ni que decir tiene que en estos casos, sumamente hipotéticos y sin duda salvados en sede de Convenio de Roma, no se podría revisar la sentencia condenatoria y la pena impuesta (art. 904 LECrim).

(23) La comunicación primera que sobre este tema se planteó al organismo internacional fue la núm. 1004/2001, de 12 de marzo de ese mismo año, que resultó inadmitida por Decisión de 13 de mayo de 2003. Inmediatamente después le sucedieron las comunicaciones núm. 1073/2002 y 1211/2003, de 13 de febrero de 2001 y 18 de abril de 2002 respectivamente, que fueron admitidas y estimadas por los Dictámenes de 15 de noviembre de 2004 y 8 de agosto de 2006. En este último se concluía: «En cuanto a la queja relacionada con el artículo 14, párrafo 5, el Comité observa que el juzgamiento del autor por el tribunal de más alta jerarquía se produjo como consecuencia de que uno de los co-acusados eran un senador y un diputado y que conforme a la legislación interna, el juzgamiento de los hechos en que aparecieran involucrados dos parlamentarios correspondía al Tribunal Supremo. El Comité toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. Sin embargo, 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 superior. 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».

Por su parte –y a título representativo–, la doctrina del Tribunal Constitucional puede encontrarse ya en la STC 51/1985, de 10 de abril: «determinadas personas gozan *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior», son «esas particulares garantías» las que «disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria» (por todas STC 51/1985, de 10 de abril).

Era de imaginar. Si hasta la Ley 41/2015, de 5 de octubre, la satisfacción de tal derecho se producía indistintamente desde la apelación, cuando así se preveía, como desde la casación, en tanto en cuanto única impugnación dispuesta en delitos graves y en esa interpretación amplia de motivos y exigencias de acceso, a partir de la aplicación del nuevo régimen impugnatorio el panorama debía cambiar notablemente.

Primero y siempre en lo que afecta a la casación, por dejar de conformarse como derecho fundamental. Después y en gran parte con aquella renuncia como factor desencadenante, por la necesidad de «repensar» su papel a la vista de consideraciones diversas que van desde el proceso penal en su conjunto y en relación con el régimen de recursos finalmente dispuesto hasta principios de indudable vigencia en nuestro ordenamiento como los de legalidad, seguridad jurídica o igualdad. Por último y según cuál fuera el desenlace anterior, por los requerimientos ínsitos a todo cambio de modelo.

Como ya se adelantó, el texto que sigue se centrará únicamente en los dos primeros títulos. Su desarrollo nos permitirá comprender el motivo por el que la casación penal se ha incorporado tardíamente a interrogantes clásicos ya planteados –y en alguna medida resueltos– en los demás procesos. Desde luego, de lo dicho hasta ahora se desprende con bastante nitidez que ese motivo no es otro que su exclusión como instrumento de satisfacción del derecho a la revisión de la condena recogido por las normas internacionales. Por eso los epígrafes anteriores. Sin ellos era difícil entender que el debate sobre el modelo casacional, que incluye finalidades perseguidas y su alcance en un contexto de incertidumbre jurídica y de sobrecarga de trabajo del órgano llamado a resolver, ambas inasumibles, hubiera permanecido al margen de la ordenación dispuesta por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No hace falta indicar que ese debate sobre la casación penal ya está sobre la mesa. Solo queda esperar una respuesta meditada por parte de quien en un sistema como el nuestro asume semejante decisión. Al titular de la potestad legislativa le corresponde, pues, dar adecuada contestación contemplando y ponderando todas las variables en juego. La primera y principal, lo hemos avanzado, la determinación del rol que quiere asignarse a la casación; y todo parece indicar que la pretensión última es servirse de este instrumento para convertir al Tribunal Supremo, en cuanto órgano funcionalmente competente, en unificador de doctrina penal y, acaso también, procesal. Lógicamente será a continuación y siempre que se mantenga la condición de medio de impugnación extraordinario, cuando las decisiones se dirijan, en términos de eficacia también –y el orden podría ser otro–, al sistema –presupuestos y requisitos– de acceso y al ámbito –motivos– de enjuiciamiento.

1. EN SU CARACTERIZACIÓN. DESAPODERAMIENTO CONSTITUCIONAL Y POSIBLE Y PUNTUAL ESQUIZOFRENIA

Sin duda, la construcción del régimen impugnativo de las sentencias penales efectuado por el legislador de 2015 ha traído consigo un distinto entendimiento de las relaciones entre aquel derecho fundamental y la casación. Hasta tal punto es así que los vínculos referidos llegan a desaparecer situándose la previsión y articula-

ción de este recurso extraordinario en el ámbito de la discrecionalidad del legislador, con lo que ello supone y sobre lo que volveremos después.

A. **Al margen del artículo 14.5 del PIDCP. Una misma regulación y distintos planteamientos**

En esta huida –y como no podía ser de otro modo– ocupa una posición destacada el Tribunal Supremo. Sus pronunciamientos en aplicación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, no han dejado de poner en entredicho –con suma cautela y cuidado exquisito– aquella conexión por él mismo y antaño proclamada.

a) Así, y desde la figura de la apelación, la STS 2538/2017, de 26 de junio, advierte:

– Que «la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el *BOE* de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia».

– Que «la ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos».

– Y que «de lo anterior resulta que (...) la revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación».

De esta sentencia, reproducida a efectos ejemplificativos pues cada vez son más los pronunciamientos que caminan en idéntica dirección, se extrae aquel primer desenlace: la casación, pese a continuar configurándose como instrumento procesal de parte de naturaleza extraordinaria, deja de arrojarse como «misión prioritaria» la de «atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales».

La razón, insistimos, es sencilla, y su epílogo, en el fondo, también. No se olvide que, con la generalización del doble grado de jurisdicción como telón de fondo, la representación escénica tan solo tiene dos protagonistas. La apelación, asumiendo en el ordenamiento español aquella tarea de dar satisfacción al derecho al recurso del penalmente condenado y hacerlo además, y aquí estaría la verdadera novedad, con carácter exclusivo (arts. 14.5 PIDCP, 2 Protocolo núm. 7 CEDH y 24.2 CE). Y la casación, en clara retirada de semejante cometido –lo que también constituye indudable novedad– y con un propósito poliédrico y parece que bastante definido: garantizar de forma eficaz la fijación de una interpretación jurispruden-

cial uniforme, contribuir al reforzamiento de los principios de igualdad y seguridad jurídica y, por ende, favorecer la recuperación de la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial.

A partir de ahí y de manera encadenada, las derivaciones para el régimen impugnatorio de la casación se multiplican. Repárese que excluir su previsión como exigencia ineludible del derecho a recurrir la sentencia condenatoria y la pena impuesta permitirá tanto al titular de la potestad legislativa como, incluso, al de la jurisdiccional –al menos al Tribunal Supremo en cuanto superior en el orden penal– redefinir el significado del instrumento casacional y reordenar su quehacer en el sistema de recursos penales. Y no solo pues, más allá de la remodelación funcional y de una hipotética selección de asuntos, facilitará también una reexpresión/reinterpretación de motivos y, claro es, de presupuestos y requisitos de admisibilidad. Y todo ello, es muy probable y en algún extremo discutible, con la mirada puesta en la abrumadora carga de trabajo de la Sala Segunda y en una casación proyectada desde confines más estrechos.

b) Esta última posibilidad-realidad de la casación obliga a advertir sobre la esquizofrenia que podría llegar a diagnosticarse al máximo intérprete de la legalidad.

La razón se encuentra aquí en una previsión muy específica: las competencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en lo que se refiere al enjuiciamiento de aforados (art. 73.3 LOPJ). Ocurre que sus sentencias, que se dictan en primera y única instancia y, por tanto, carecen de la condición de apelables, únicamente pueden recurrirse en casación [arts. 790, 846 ter y 847.1.a) LECrim].

En estas condiciones, a las que no es ajena la Sentencia antes transcrita, el discurso del Tribunal Supremo difícilmente llegará a ser el mismo. Es de prever en efecto que, no obstante partir de un régimen legal idéntico, se opte por funcionalidades diversas que permitan eludir las condenas a España por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Con la espada de Damocles del artículo 14.5 del PIDCP y su propia hermenéutica al respecto –que no suele tener en cuenta las excepciones del CEDH–, todo hace pensar que la Sala Segunda volverá la mirada hacia atrás y rescatará aquellos planteamientos sostenidos en los años inmediatamente anteriores a la reforma de 2015 sobre el ámbito la casación. Evidentemente, solo en tales hipótesis, es decir, tratándose de recursos frente a sentencias de primera instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia.

Y el problema, no extrañará, es que dicha diferenciación, pese a poder justificarse en «la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales», redundará en una muy compleja explicación y entendimiento. Lo único positivo será que ocurrirá en contadas ocasiones (24).

(24) En otro orden de cosas, la falta de uniformidad en el discurso del Tribunal Supremo podría también extenderse a un segundo supuesto, ya sin cobertura del derecho fundamental al recurso *ex* artículo 14.5 del PIDCP. Me refiero a la casación prevista en procesos de Jurado y frente a las sentencias de apelación emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia. De nuevo, aunque en menor medida, una idéntica regulación daría paso a consideraciones no del todo homogéneas, lo que sucedería si finalmente el ámbito de enjuiciamiento del órgano casacional, tal y como se insinúa en algún pronunciamiento, se ampliara al consentir la revisión –indirecta– del veredicto del jurado.

Y el problema aquí se incrementa. Al fin y a la postre no solo la explicación y el entendimiento de la diversidad continuaría siendo complejo, sino que la justificación, ya sin soporte constitucional algu-

B. *A priori*, cuestión de legalidad ordinaria

De cualquier forma y al margen de las peculiaridades indicadas, procede realizar una última observación. Aunque ya se ha adelantado, es obvio que sin condicionantes constitucionales todo volverá a sus raíces. Consiguientemente, discrecionalidad del legislador y, en tanto en cuanto cuestión de legalidad ordinaria, interpretación última del Tribunal Supremo.

¿Sin cortapisas? En el fondo, ésta es la pregunta clave. Una pregunta cuyo nacimiento y formulación se vincula a la doctrina jurisprudencial sobre los recursos legalmente previstos y el derecho a la tutela judicial efectiva. Y una pregunta cuya respuesta requiere atender dos planos diferentes: según se trate del quehacer de política legislativa o del ulterior de hermenéutica judicial. En ambos casos, sin embargo y puesto que la casación se configura como instrumento de ataque de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza, late el necesario respeto a las exigencias asociadas al debido proceso (art. 6 CEDH y 47 CDFUE), exigencias que en nuestro país se distribuyen entre el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Y me explico:

a) En el plano normativo, la discrecionalidad se representa total en lo que atañe a temas tales como establecimiento, configuración o funcionalidad. Lógicamente, inclinándose por su previsión, el legislador deberá acatar los principios esenciales del proceso, sin duda constitucionalizados, y por ello no podrá articular la casación violentando criterios tales como la igualdad de partes o la contradicción. Al menos, si continúa concibiéndola como medio de impugnación en manos del litigante gravado. Ahora bien, cumpliendo con aquellos condicionantes, ninguna objeción puede plantear la elección de opciones restrictivas en el sistema de

no, residiría en el propio tribunal del jurado, desconfianza en su funcionamiento incluida. Y no se olvide que en esta ocasión difícilmente podríamos argumentar infrecuencia ni del proceso en sí ni del recurso de casación. Lo único es que el planteamiento general parece permanecer y solo diferiría el alcance y la identificación del ámbito de control. Así, en la STS 433/2018, de 15 de febrero, se puede leer:

- En unos términos similares a cualquier otro pronunciamiento sobre la casación: (i) que «la casación no es sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que actúe en funciones de verdadera «policía jurídica» para depurar y eliminar aquellas resoluciones judiciales que se aparten de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica»; (ii) que «con ello se garantiza, igualmente, el principio de igualdad ante la Ley, pues queda garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos»; (iii) y que «la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación».

- Y ya en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado –y aquí estaría la principal diferencia por la posibilidad de una hermenéutica expansiva–, que «en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega».

acceso: seleccionando asuntos, limitando motivos o introduciendo mayores exigencias en temas de recurribilidad o de ejercicio del derecho a recurrir.

Por eso y acaso partiendo de que el acceso a la justicia ya se ha satisfecho con la sentencia de instancia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limita a señalar «que, si en un proceso civil o penal se establece un proceso de recursos, el artículo 6 le será de aplicación (TEDH, *Monnell y Morris c. Reino Unido*, núm. 9562/81 y 9818/82, 2 de marzo de 1987, apdo. 54)». Consiguientemente, respetando el contenido del derecho a un proceso equitativo, libertad del legislador para determinar la manera en que los intereses de las partes han de llegar y se han de exponer y proteger en la fase de impugnación por él mismo dispuesta.

b) En el plano aplicativo y de interpretación judicial, las cosas sufren algún cambio puntual. La coincidencia es obvia: los magistrados de la Sala Segunda no podrán realizar hermenéuticas contrarias a los derechos fundamentales de las partes del recurso. Observancia así y también de los derechos de defensa o de un proceso público y con todas las garantías. La particularidad deriva de los deberes, anejos a su función y que se incluye en el seno del derecho a la tutela judicial efectiva: dictar un pronunciamiento de fondo, en este caso sobre la pretensión impugnatoria, fundado en derecho, motivado y conforme con las reglas de exhaustividad de contenido constitucional.

Por eso y al margen de posibles quebrantos de aquellos derechos contenidos en el artículo 24.2 de la CE, el máximo intérprete de la Constitución advierte que su intervención solo se producirá en casos de decisiones, y estaríamos en el ámbito del artículo 24.1 de la CE, que se basen en una «interpretación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente» (así STC 16/2015, de 16 de febrero). Nada más, pero nada menos. De ahí que las referencias doctrinales y jurisprudenciales que a continuación veremos sobre el modelo de casación y el derecho a la tutela judicial efectiva no puedan, a grandes rasgos y sin mayor profundización, ir más allá de las consecuencias extraídas de esas resoluciones internacionales e internas que se acaban de mencionar: previsto legalmente y desde la perspectiva constitucional, el derecho del recurrente en casación lo es tan solo a obtener una respuesta razonada cumplidos –o subsanados– que hayan sido los presupuestos y requisitos de admisibilidad previstos.

Con otras palabras y en suma: (i) no existe un derecho fundamental a la casación, luego su ausencia no justificará la vía del Tribunal Constitucional al no constituir infracción del artículo 24 de la CE (ni de su número 1, derecho a la tutela judicial efectiva, ni del 2 y en lo que afecta a un proceso con todas las garantías –y aquí por la generalización de la apelación y con la salvedad, relativa, de las condenas de «aforados autonómicos»-); (ii) no rige en el acceso a la casación el denominado principio *pro actione* o, mejor, no rige con la misma intensidad que tratándose del acceso a la justicia (recurso efectivo ex art. 13 CEDH), luego las restricciones que legalmente se puedan establecer –y siempre que no comprometan otros derechos fundamentales en cuyo caso cabría una declaración de inconstitucionalidad– no implican violación del derecho a la tutela judicial; (iii) sí cabrá acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional cuando el órgano casacional haya

incurrido en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o error patente al negar el pronunciamiento de fondo sobre la pretensión impugnatoria interpuesta (25).

Y convendría no olvidar lo anterior. Primero, porque en estos momentos una de las preguntas que más se repite en un entorno de corrección y mejora de nuestras instituciones es «cómo funciona o debería funcionar un sistema jurídico para que desde la actividad jurisdiccional se consiguiera dar garantía de aplicación uniforme del derecho en que consiste la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo» (26). Después, porque, además de la preocupación por los déficits de construcción de las leyes –y la incertidumbre que muchas veces acompaña en términos objetivos a la norma–, inquieta y mucho la falta de «previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos». Y, finalmente, porque en este contexto y gozando de una posición inmejorable, la casación aparece como instrumento viable para el logro de aquellos objetivos garantistas.

2. EN SUS QUEHACERES Y FINES. DESLIZAMIENTO FUNCIONAL Y PRIMEROS PASOS HACIA UN DISTINTO –O NO TAN DISTINTO– MODELO

Sin contemplar la excepción relativa al aforamiento en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia, la desconexión proclamada por el Tribunal Supremo entre el recurso de casación, de un lado, y el derecho fundamental del condenado a la revisión del pronunciamiento condenatorio, de otro, tiene una siguiente y trascendental consecuencia: el desplazamiento funcional de este medio de impugnación.

Se trata, sin embargo, de una traslación que no aparece con claridad en el texto de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y que en realidad trae causa de una novedosa doctrina jurisprudencial inspirada en el preámbulo de aquella normativa y, por qué no, en la pregunta antes transcrita y su respuesta desde lo actuado en los demás órdenes jurisdiccionales.

En este sentido y de un lado, ha de tenerse en cuenta que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha alterado su condición de instrumento procesal de parte dirigido a la corrección de errores de la resolución impugnada y tampoco ha modificado, salvo en lo que se refiere a las sentencias declarando nulidades y a las dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, su regulación legal. Ésta permanece y además en aspectos tales como motivos del recurso o, previamente, presupuestos de recurribilidad y condiciones de acceso.

Por tal razón y de otra parte, han sido los consabidos procesos de reflexión interna los que se encuentran en la base de la transformación finalística de la casación. Una transformación que la Sala Segunda aborda desde clásicas funciones de este instrumento procesal y primeramente político: nomofilaxis, con un significado menos restringido que el recogido por el Diccionario de la Real Academia «protec-

(25) Naturalmente, otra cosa será que la demanda de amparo no justifique la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC y, entre otras, STC 128/2014, de 21 de julio).

(26) En este sentido MOLINER TAMBORERO, G., «La garantía de la seguridad jurídica en las sentencias de casación», en *Actualidad jurídica Uria-Menéndez*, 35-2013.

ción de la norma jurídica», y sobre todo uniformidad de doctrina. En aquella STS 2538/2017, de 26 de junio, antes citada, se puede leer así:

– Que «una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible».

– O que «la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no solo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE)».

Siendo éstos los planteamientos jurisprudenciales imperantes, interesa anticipar: (i) que en los que se afirman orígenes de la casación –periodo revolucionario francés– y como luego se verá, la función nomofiláctica permanecía en plano distinto a la función jurisdiccional sirviendo principalmente a la teoría de la división de poderes y para el control del judicial ante contravenciones expresas de la ley; por eso se casaba la sentencia y se reenviaba, sin entrar en el cuestión litigiosa, de nuevo al juzgador; (ii) que la nomofilaxis evolucionó y no solo para situarse entre los cometidos del órgano jurisdiccional vértice de la organización judicial, también para entenderse en un sentido más amplio comprensivo tanto de la protección de la ley general como de su observancia por los jueces y ante cualquier infracción normativa que pudieran cometer; por eso la posibilidad de resolución de la controversia; (iii) que, evidentemente, la función uniformadora surge al hilo de esa evolución pues con anterioridad, y al prohibirse los pronunciamientos de fondo y contemplarse únicamente el mecanismo de reenvío, devenía impracticable; (iv) que en la actualidad es frecuente englobar bajo el fin nomofiláctico tanto ese objetivo en sí mismo considerado como el relativo a la unificación jurisprudencial, llegándose, incluso y en ciertos ámbitos, a renegar de la nomofilaxis para sostener que la tarea prioritaria de este recurso es la unificación (27).

(27) Se dirá, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N, «Los fines de la casación en el proceso civil», en *Jueces para la democracia* núm. 16-17, 1993, p. 55, que la casación debe desprenderse del lastre de la nomofilaxis «cuya superación permitiría desechar la idea de que cualquier trasgresión normativa cometida por los tribunales de instancia se encuentra llamada a ser corregida a través dicho medio de impugnación». Además y sobre esta función en general, ARMENTA DEU, T., «Recurso de casación: Entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2018, NIEVA FENOLL, J. «La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la «unificación de doctrina». Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro derecho,

Y de nuevo la clave gira en torno a aquella pregunta ¿cómo podría o «debería funcionar un sistema jurídico para que desde la actividad jurisdiccional se consiguiera dar garantía de aplicación uniforme del derecho en que consiste la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo»? Y de nuevo y al respecto conviene adelantar que el Tribunal Supremo acude a la función nomofiláctica de la casación, que define desde parámetros interpretativos de la norma, para asegurar la observancia de aquel principio y del que parece su reverso, la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

A. La uniformidad como punto de partida

No causará sorpresa que este apartado tenga como hilo conductor una nueva Sentencia, en este caso de Pleno, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Se trata de la STS 210/2017, de 26 de marzo, y será su reproducción la que nos permitirá comprobar *in situ* esa renovación funcional de la casación sugerida desde la Exposición de Motivos y que solo en parte halla acomodo en el texto articulado de la Ley de 2015.

Antes de proceder al respecto y aunque sea una reiteración, una advertencia rápida y un recordatorio igualmente célere. La advertencia que tal vez, solo tal vez, el cambio de funciones respire de la casación originaria francesa. El recordatorio, sin ese grado de probabilidad y con bastante seguridad, que la evolución acaecida es deudora de la generalización de la apelación penal y de la consiguiente asunción, por este medio y en exclusiva prácticamente, del rol revisor impuesto desde normativas internacionales.

a) Pues bien, sin que sea necesario insistir en que ha sido el desapoderamiento de aquella misión el desencadenante de un camino de transformación, todavía no concluido, lo cierto es que en la mudanza de la casación penal ha intervenido un segundo precepto constitucional regulador, en esta ocasión, del denominado principio de seguridad jurídica. En su aspecto subjetivo, claro es, y como ya sucediera en el seno de los restantes procesos, también aquí se hace presente la inquietud por conseguir, y hacerlo desde la propia actividad jurisdiccional –recuérdese una vez más aquella pregunta–, garantías para la aplicación uniforme del derecho en que se traduce aquel criterio recogido en el artículo 9.3 de la CE. Por ello y siendo conscientes del número de recursos de casación que llegan a la Sala Segunda, los elementos para su reformulación se han conectado, de modo inevitable parece, a la potenciación de funciones tradicionalmente vinculadas a este medio de impugnación de naturaleza extraordinaria.

Desde luego, en la Sentencia arriba citada se aprecia con claridad que son esos fines de índole público, nomofilácticos o quizá mejor uniformadores u homogeneizadores, los que verdaderamente sirven de apoyo al cambio de modelo. No en vano se describen los condicionantes de la casación anterior y su superación para poder ir más allá de la defensa del interés particular gravado y trascender así a la protección de un bien general que se identifica desde la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica que proporciona una interpretación uniforme.

en *Diario La Ley* 1, 2006, pp. 1171 a 1184, DAMIÁN MORENO, J., «La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia», en *Diario La Ley* 5, 2005, pp. 939-943.

«Inaugura esta sentencia del Pleno de esta Sala una nueva modalidad de casación con anclaje directo en la función nomofiláctica que se encuentra en los orígenes de la casación. Esa función, siempre presente, se ha difuminado, sin embargo, en los últimos años eclipsada y casi arrinconada como consecuencia de la irrupción de otras exigencias, también irrenunciables, de un plausible sistema de recursos que, al no haber merecido la necesaria atención del legislador, han ido de manera suave, pero imparable y creciente, enturbiando o minimizando las genuinas misiones que un recurso de casación está llamado a cubrir.

De una parte, el papel estelar de los derechos fundamentales procesales, felizmente recuperado y reforzado en el régimen constitucional, reclamaba un más pulimentado sistema de tutela en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (art. 53 CE). El ensanchamiento de los espacios y materias a debatir en casación, producido inicialmente a impulsos de la jurisprudencia constitucional, se erigió en fórmula apta para satisfacer esas exigencias. Mediante sucesivas reformas legislativas (basta evocar ahora la aparición del art. 852 LECrim y su precedente, art. 5.4 LOPJ) cristalizó esa mutación parcial de los perfiles de la casación.

Por otra parte, la ausencia de una real doble instancia en los delitos más graves reclamaba un paliativo en tanto el legislador no subsanase la laguna. El remiando provisional vino de la mano de un estiramiento de las posibilidades de revisión probatoria en casación tan restringidas (casi ausentes) en el diseño tradicional de tal recurso extraordinario.

En otro orden de cosas, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarrea unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código Penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras.

El legislador de 2015 ha sido sensible a esta necesidad. Al tiempo que generaliza la doble instancia (otra sentida necesidad), ha abierto la casación, solo por infracción de ley del artículo 849.1.º (*error iuris*), a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal. De esa forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (*vid.* STC 134/1991, de 17 de junio), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el artículo 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa – es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva– ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también

lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los artículos 9.3 y 14 CE; más que de su artículo 24».

Se podría objetar que la sentencia elegida se circunscribe a una tipología concreta de casación. Y hasta cierto punto es así. Desde luego se refiere al recurso surgido de la reforma de 2015, que es el que procede frente a sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial –o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional–. Y desde luego también sus particularidades, se configura como de motivo único –infracción de ley en sentido estricto– y presupuesto de recurribilidad novedoso –interés casacional–, conducen a una diferenciación de modelo con el que resultaría de la regulación –casación– ordinaria. Ahora bien, una lectura detenida de los pronunciamientos transcritos permite reconocer una filosofía común, muy similar a la que late, por ejemplo, en aquella STS 2538/2018, de 26 de junio. Cabría pensar incluso que, en cuanto anterior en el tiempo, la Sentencia de Pleno que nos ocupa estaría aventurando las líneas definitorias de la casación penal que con carácter general se pretende construir. Nótese que se deja de lado la condición de recurso extraordinario, en el fondo nunca perdida y siempre sabida, para hacer hincapié, abordar y dar cuenta del papel que este medio de impugnación está llamado a cumplir. Un papel que no enlazaría tanto con las partes del proceso y sus posibilidades impugnatorias en el seno de un litigio criminal, sino que atendería preferentemente a procurar, garantizando aquellos principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, una interpretación y aplicación pareja de la norma penal.

Se señala así, y serían las frases más destacables, que nos hallamos: (i) ante «una nueva modalidad de casación con anclaje directo en la función nomofiláctica que se encuentra en los orígenes de la casación»; (ii) ante «una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad»; (iii) o ante «una modalidad de recurso que enlaza más con el artículo 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)». Y solo a continuación es cuando, ya desde la perspectiva de la particular tipología de recurso a resolver –frente a sentencias de apelación de la Audiencia Provincial–, se advierte al recurrente que la Sala tiene en esta impugnación «una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica».

b) Comprobado lo anterior, quedaría una –tres en realidad– llamada de atención:

– La primera, para recordar que la «nueva» casación –ordinaria o no– sigue sirviéndose de la iniciativa del litigante gravado –condenado o no– a los efectos de

obtener aquellas finalidades de índole pública que hasta la fecha parecían haber permanecido ajenas al sistema penal de impugnación (28). Naturalmente, cuestión distinta será que, tras la puesta en marcha del instrumento casacional, sean tales designios los que, trascendiendo de los puramente particulares e imponiéndose a ellos, se esgriman en la fijación del modelo de casación y en su previsible encaje en fronteras más estrechas. De momento, piénsese en la exclusión de recurribilidad de las sentencias que se limitan a declarar nulidades o en la disposición en la hipótesis que estamos comentando de un motivo único como causa de pedir de la pretensión impugnatoria y del interés casacional como presupuesto de admisibilidad (art. 847 LECrim). La segunda, para resaltar que las referencias a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley son más propias de la función uniformadora que de la nomofiláctica *stricto sensu*. A menos, claro es, que a ésta última se la dé un significado amplio comprensivo de ambas o distinto y posibilitador la unificación. En todo caso, la sentencia de pleno recogida en texto parece vincular uno y otro fin y, desde luego, los entiende cumplidos con la resolución dictada.

– La tercera, para constatar que nomofilaxis o/y homogeneización están conectadas a un único motivo: el *error iuris* propiamente dicho –y, en principio, sin que la naturaleza de la norma, procesal o material, sea elemento definidor–. Negativamente, en consecuencia, tales funciones permanecen ajenas el *error facti* y ello aunque la equivocación se refiera a la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en autos (art. 849.2.º LECrim). Tal vez por eso y respecto a las sentencias de apelación dictadas por la Audiencia Provincial o Nacional (Sala de lo Penal), la reforma de la casación se remite a la clásica infracción de ley, aquí de condición sustantiva, como única alegación posible para fundamentar el recurso (art. 849.1.º LECrim).

Llegados a este punto y al hilo de la limitada capacidad revisora advertida por el Tribunal Supremo para esta última tipología, «enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica», no está de más compartir una inquietud, seguramente gratuita, y una serenidad, espero que fundada.

Comenzando por esta última, la tranquilidad viene dada por entender que las normas procesales, también precisadas de homogeneización interpretativa, podrán acceder a ella a través del recurso de casación frente a sentencias procedentes del Tribunal Superior de Justicia o de la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional. La vía será el quebrantamiento de forma y es de observar que, como regla general, se tratará de preceptos reguladores tanto del proceso ordinario por delitos graves como del procedimiento abreviado.

Y en cuanto al temor, éste surge de la identificación que se contiene en la sentencia de pleno entre la infracción de ley material y una única forma de *error iuris*, el que se produce a la hora de subsumir los hechos en la norma jurídica penal. No

(28) Es muy probable que hasta la reforma de 2015 la consecución de aquel objetivo unificador se pretendiera alcanzar mediante la técnica de los Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Las críticas suscitadas, muy probablemente también, han dado paso a un incremento de los «acuerdos jurisdiccionales», que el nuevo modelo sin duda refuerza. Véase MONTERDE FERRER, F., *Acuerdos plenarios no jurisdiccionales y jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Seguridad jurídica e independencia judicial*, Discurso de ingreso en el Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (pronunciado el 25 de enero de 2018), Cuaderno núm. 89, Valencia.

creo, aunque este tipo de equivocación sea la más frecuente, que *a priori* y en la actualidad puedan excluirse las restantes categorías, alguna de ellas en el origen de la casación. Pero entiendo, y de ahí la gratuidad de la preocupación, que de momento ésta no es la hermenéutica última del Tribunal Supremo. En la STS 2940/2016, de 9 de junio, se precisa por ejemplo que «las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca» (29).

Claro que otra cosa será si la evolución de la casación nos lleva hacia un único modelo, el de interés casacional y con el error de interpretación jurídica como motivo. Entonces y puesto que la afirmación de la infracción debe ir precedida de la acreditación de la contradicción entre sentencias, al menos con carácter general, no resultaría extraño que su alcance se viera reducido. Tanto que no todas las coyunturas de *error iuris* del órgano de apelación llegarían a ser corregidas en casación. Y este desenlace, sin fallos desde la óptica constitucional y con un problema latente de medios –aunque no excesivos–, no deja de ser cuestionable desde la propia confianza que se quiere devolver o infundir en el sistema judicial: trasgresiones de ley clamorosas, que además lo son del Código Penal no se olvide, se podrían quedar fuera del enjuiciamiento casacional por requerirse siempre de la presencia de aquel presupuesto. Con todo y de momento, no parece que su definición judicial, que no exactamente legal, impida radicalmente que tales yerros lleguen a ser revisados por la Sala Segunda (30).

B. ¿Regreso al pasado?

Sea como fuere, lo cierto es que aquella capacidad revisora confinada, al menos en un caso [art. 847.1.b) LECrim], a cuestiones jurídicas y sustentada, parece que en todos, en funciones nomofilácticas y uniformadoras no resulta ajena al primitivo modelo de casación.

La propia Sala Segunda se refería a ello y no estaba desencaminada. Bastaría aproximarse, aunque fuera sintéticamente y sin mayores pretensiones, a los antecedentes inmediatos de la casación y los tintes políticos que primeramente, Francia

(29) Con carácter previo, la Sala Segunda recuerda: (i) que «no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial (STS de 18 de diciembre de 1992)»; (ii) que «tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del artículo 3 del Código Civil» (STS de 3 de febrero de 1992); (iii) y que «la infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal. Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal».

(30) En el Acuerdo antes citado de Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016 se clarifica que, «conforme a la exposición de motivos», el interés casacional concurrirá: «a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

siglo XVIII, envolvieron a este instrumento de clara influencia en las legislaciones europeas de nuestro entorno (31). De ellos se desprende, y no se descubre nada nuevo:

a) Que la casación en esos orígenes franceses se conformó como un verdadero dispositivo del poder político en defensa de la legalidad y para el control de los jueces ante las infracciones expresas que del tenor de la norma pudieran cometer (32).

Fue en 1837 –Ley de 1 de abril– cuando el *Tribunal de cassation*, creado por Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 y en aquel entonces con funciones puramente negativas de reenvío, se trocó en órgano jurisdiccional y cuando la casación adquirió esa condición procesal que le convertiría en un auténtico recurso de naturaleza extraordinaria dirigido, ya sin prohibiciones de entrar en el fondo, a corregir errores jurídicos (*pourvois en cassation*).

Esta casación y su evolución inmediata: (i) se apartó de la vigilancia del poder judicial como fin prioritario para asumir funciones, muy probablemente como consecuencia del inicio de la codificación y del cese de la desconfianza que se tenía en los jueces, de unificación de jurisprudencia; (ii) mantuvo la competencia en el órgano que culmina la pirámide judicial, *Cour de cassation* en su nueva denominación; (iii) y conservó, aunque con alguna modificación, su ámbito de enjuiciamiento reducido por efecto de la limitación de las resoluciones impugnables y de una previsión de motivos legales tasados que restringían notablemente las posibilidades impugnatorias de las partes. Se ceñían, recuérdese, a las contravenciones expresas del texto de la ley, si bien poco a poco y por mor de la propia doctrina jurisprudencial a ellas se unieron las aplicaciones indebidas y las interpretaciones erróneas de la norma así como, algo más adelante, el *défaut de base légale*.

b) Que en España la casación surge en 1838 –Decreto de 4 de noviembre–. En ese año el Supremo Tribunal de Justicia, creado por la Constitución de Cádiz y con una existencia intermitente fruto de los avatares políticos de aquel periodo histórico, se convirtió en órgano casacional. Hasta ese momento su principal competencia, que lo era jurisdiccional, se centraba en un recurso de nulidad al servicio única y exclusivamente del interés particular de los litigantes (33).

En la esfera del proceso penal, sin embargo, la casación no surge hasta 1870 y por la Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, de 17 de junio. Aunque con anterioridad,

(31) Sobre la casación francesa y sus antecedentes, que parecen encontrarse en la época feudal, HUALDE LÓPEZ, I, «Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2017, v. 9 núm. 1, pp. 161-214.

(32) Según el esquema de división de poderes establecido, los jueces se limitaban a pronunciar las palabras de la ley, sin margen alguno para la interpretación. De ahí y ante el temor de que el poder judicial invadiera el ámbito del ejecutivo, se dispuso su fiscalización que quedó en manos de un órgano, también político, denominado tribunal de casación, antes *Conseil des Parties*, por su facultad de «casar» la resolución dictada y reenviar la causa al órgano que la enjuició.

(33) Obsérvese: (i) que el artículo 261.Décimo de la Constitución de Cádiz disponía que «toca a este supremo tribunal: (...) oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes»; (ii) que en el Decreto de 4 de noviembre de 1838 se regularon los recursos de nulidad como atribución del tribunal supremo de España e Indias y para controlar los errores *in procedendo* y los *in iudicando in iure*; (iii) y que en el ámbito de actuación de estos recursos quedaron fuera, y entre otras, las causas criminales.

1852 y en el Real Decreto de 20 de junio sobre el procedimiento de las causas de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública, se estableció limitándose a esas materias concretas.

De cualquier modo y como en Francia, la casación española evolucionó y en esa transformación inicial: (i) tendió a proteger también los intereses particulares de la parte gravada; (ii) mantuvo la atribución competencial en el órgano judicialmente superior; (iii) conservó una reducida recurribilidad; (iv) y se dotó, con el paso del tiempo más claramente, de perfiles propios que le separaron del modelo francés y de los fines públicos uniformadores, y ello al acoger clásicos y nuevos motivos de recurso: quebrantamiento de forma, infracción de ley y algunas concretas y graves equivocaciones cometidas en el juicio de hecho (arts. 849 a 851 LECrim 1882 y reformas ulteriores, Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, Ley de 28 de junio de 1933 y Ley de 16 de julio de 1949).

Así las cosas y con alguna matización, sin duda imposible de ofrecer en una sentencia, se explica que el Tribunal Supremo haya considerado que nos encontramos ante «una nueva modalidad de casación con anclaje directo en la función nomofiláctica que se encuentra en los orígenes de la casación». Regreso al pasado, en cierta medida y por tanto, con la mirada puesta en un futuro de reformas legales que no terminan de llegar. No se olvide, ha de insistirse, que la respuesta a dar sobre los interrogantes que planean sobre la casación penal deberá alcanzarse por vía legislativa, primero, e interpretativa, después. Alterar el orden o prescindir directamente del legislador no es factible en un sistema como el nuestro; máxime cuando las consecuencias de un distinto proceder se antojan resbaladizas desde la propia perspectiva constitucional (34).

Por lo demás y por lo que al regreso al pasado se refiere, resulta imprescindible que en esa invocación para configurar el nuevo modelo se concluya sobre dos elementos estrechamente relacionados entre sí y vinculados a la conformación originaria de la casación. Me refiero a la nomofilaxis y al *error iuris*, función y motivo, por tanto, que deberán definirse, concretarse y, en su caso, reducirse. Sin una actuación similar, la verdadera delimitación de este medio de impugnación difícilmente se revelará.

C. Un excursus sobre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*

La lectura de una publicación reciente –o relativamente reciente (enero 2017)– referente a la distinción *ius constitutionis* – *ius litigatoris* me ha llevado a introducir un epígrafe *a priori* no previsto (35).

(34) En otros regímenes impugnativos próximos se acude, con el fin de dar respuesta a la sobrecarga de trabajo de las distintas Salas del Tribunal Supremo y darla, se suele recordar, a coste cero, a un hipotético deber de autorregulación que llega a comprender aspectos claramente relacionados con trámites e incluso con garantías. Ni que decir tiene que en un sistema como el español esta labor tiene un límite infranqueable: invadir quehaceres legislativos. Por tanto, la intervención de «la Suprema Corte» para «autoorganizarse» se ha de producir al hilo y en función del modelo casacional legalmente establecido –lo que incluye el arbitrio de las medidas económicas necesarias para su implantación–.

(35) SCARSELLI, G., «Sulla distinzione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*», en *Questione Giustizia. Leggi e istituzioni*, enero 2017, en <http://questionegiustizia.it/stampa.php?id=1164>.

El autor del estudio comenzaba señalando que de un tiempo a esta parte no se puede hablar de la casación sin hacer referencia al clásico binomio latino. Y tiene razón. Estas páginas son buen ejemplo de ello.

Ahora bien, tras constatar lo anterior y es lo verdaderamente relevante en este momento, continuaba advirtiendo sobre dos aspectos que en gran medida habían pasado desapercibidos. El primero tenía que ver con el significado originario de los términos *ius constitutionis* y *ius litigatoris* y con ese desconocimiento sumamente extendido. El segundo guardaba relación con la actual confrontación entre una y otra expresión, confrontación que, en su opinión, resultaba ilusoria y dañina. Y de nuevo y a nada que se reflexione sobre ello tendría también razón. Al menos, en parte. De ahí la explicación siguiente, con un doble punto de partida vinculado a la historia del derecho y un desenlace último no siempre coincidente, y por razones obvias derivadas del diferente régimen legal, con las conclusiones del profesor italiano.

a) El primer dato a considerar nos acerca a la génesis de la expresión. Posiblemente, derecho romano posclásico: «*Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur; quo casu appellatio necessaria est*» (Digesto, 49.8.1.2) (36).

Debe recordarse entonces que en dicha época una y otra locución tenían un asiento concreto. Se situaban en el entorno de los posibles yerros de la sentencia y su tratamiento, nosotros diríamos, procesal. De esta suerte, una resolución contravenía el *ius constitutionis* cuando incurría en errores de derecho sobre la existencia o el contenido de la norma o sobre la premisa mayor del razonamiento lógico del juez. En tales supuestos, la sentencia se consideraba inexistente lo que significaba que no precisaba de apelación y podía hacerse valer en cualquier momento. En cambio, la resolución devenía contraria al *ius litigatoris* cuando incurría en errores *facti* o en errores de derecho que no estuvieran comprendidos en los anteriores, esto es, referidos a la subsunción jurídica, a la premisa menor de la actividad lógico-judicial. Aquí, la sentencia se entendía válida y eficaz si bien podía ser objeto de impugnación en los plazos establecidos al efecto.

Siendo así, resulta obvio que la distinción aludida poco o nada tenía que ver con los fines o funciones de un recurso. Se manifestaba en el ámbito de las equívocas que podían cometer los jueces al dictar sus resoluciones y desde una doble perspectiva (i) la diferenciación entre cuestiones fácticas y cuestiones jurídicas y dentro de éstas entre las que podían considerarse infracciones relativas a la subsunción de los hechos en la norma –premis menor del silogismo judicial– y las que por afectar a la propia existencia o inexistencia o individualización de la norma –premis mayor– se entendían más graves y englobadas en el *ius constitutionis*; (ii) y las consecuencias asociadas a la verificación del error que, tratándose del *ius*

(36) «*Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est*» (en <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest49.shtml>).

litigatoris, se resumían en la validez de la sentencia con posibilidad/necesidad de impugnación y, refiriéndose al *ius constitutionis*, se concretaban en la inexistencia de la sentencia con oportunidad de hacerlo valer en cualquier ocasión.

b) El segundo dato, posterior en el tiempo, nos retrotrae al nacimiento de la casación y sus fines. Ya se ha adelantado, Francia últimos del siglo XVIII, mejor, primeros-mediados del XIX.

Situados en este lugar de la historia y evocando aquella función protectora de la ley que rodeó al instrumento originario, pudiera parecer que el *ius constitutionis* emergió con un renovado sentido que implicaría, como sucede en la actualidad, su asociación con la casación y la misión encomendada. Si bien se mira, además, no nos hallaríamos ante una disquisición que supusiera un cambio drástico y sin soporte respecto del entendimiento primitivo de esta expresión. Obsérvese que la causa de pedir de la pretensión casacional se circunscribía a *quaestiones iuris*, sin permitir la revisión de errores de naturaleza fáctica o jurídica de índole aplicativa, y que en aquellas fechas primeras este recurso se concebía como un medio dirigido a la protección de la legalidad ante infracciones expresas del tenor de la norma y con la nulidad como consecuencia.

Sin negar viabilidad a que un planteamiento similar estuviera –o pudiera estar– en el origen del vínculo entre el binomio latino y la casación, *rectius*, y la funcionalidad de la casación, lo cierto es que la mutación aludida no encuentra apoyo real. De esta opinión es el profesor italiano con un análisis no exento de fundamento –y de ejemplos–: (i) de un lado, nos dirá, los términos *ius constitutionis-ius litigatoris* dejaron de utilizarse con el transcurso del tiempo llegando a desaparecer de los estudios jurídicos en general y de los relativos a la casación en particular; (ii) de otra parte, el retorno de una y otra expresión al mundo del derecho se produjo sobre los años veinte del pasado siglo, concretamente con un «*scritto minore giovanile*» de Piero Calamandrei que luego trasladó, sin mayor reflexión creía, a la que es obra de referencia sobre la institución de la casación.

El problema estriba en que este escrito menor lleva por título «*La teoría dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*», luego difícilmente la reaparición del *ius constitutionis-ius litigatoris* se podría construir al margen del escenario inicial del Digesto y la diferenciación entre *quaestione iuris* –y su diversidad– y *facti* (37). Y, aunque cabría replicar que dicho examen se centra en Italia, lo que es cierto, resulta obvio que su exportación a lugares distintos no es imposible y más en el caso de España. Nótese que semejante argumento en el escenario patrio termina siendo indiferente desde el momento en que el novedoso entendimiento del binomio latino viene siempre acompañado de la cita de Piero Calamandrei.

c) En todo caso y a día de hoy, ocurre que la casación ha acabado configurada como instrumento de impugnación sometido a plazo y petición de parte, que la denuncia de la infracción de ley sustantiva ha dejado de transitar por caminos divergentes para confluir en un motivo común y que, tal vez por eso, la disparidad de desenlaces que se unía al tipo de *error iuris* ha terminado dando paso a un tratamiento conjunto y análogo: estimación del recurso, revocación de la resolución impugnada y, en principio, dictado de otra nueva.

(37) CALAMANDREI, P., *La casación civil*, Buenos Aires 1945, y –en cita de Scarselli– «*La teoría dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*» en *Rivista critica di scienze sociale, Firenze* 1914 (después reproducido en *Studi sull processo civile*, I, Padova 1930, pp. 53-166).

Desde tales premisas, y también es evidente, nada impedía mantener los términos *ius constitutionis-ius litigatoris* en su significación originaria, vinculada a la tipología de error y circunscrita ya en esas sus dos grandes categorías: de hecho y de derecho. Que no se haya hecho así, y es la tesis del profesor italiano, trae consigo un efecto pernicioso que lastra en gran medida el presente y futuro de la casación. Tanto que el abandono de la acepción originaria de las expresiones latinas no puede calificarse de intrascendente al influir y convertirse en una especie de «cuestión de Estado».

Sin llegar a tales extremos, se ha compartido que aquella distinta inteligencia que, por desconocimiento y/o convencimiento y/o simple comodidad de lenguaje, conecta la casación con fines y no con motivos no es del todo inocua. Cabría pensar, en efecto, que enlazar el interés público y las funciones nomofiláctica en sentido estricto y uniformadora al *ius constitutionis* y, de forma opuesta, relacionar el interés privado y la función de garantizar la realización de justicia para los particulares con el *ius litigatoris* al menos nos coloca ante una contraposición excluyente y equívoca, que además podría resultar perjudicial para ciertas decisiones que a su amparo se tendrían que adoptar.

Porque se podría olvidar que la casación viene configurada única y exclusivamente como instrumento de parte, luego las finalidades que se pueden perseguir con su establecimiento solo se obtendrán en tanto en cuanto el litigante gravado interponga su recurso. Y en este punto y volviendo a los motivos, cuando el recurrente invoque la infracción de ley y la sentencia decida al respecto, el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* caminarán unidos. Lo resuelto interesará al recurrente, es natural, pero también trascenderá a la generalidad desde el momento de su más que posible aplicación en casos futuros.

Porque se podría olvidar que no hay grandes y pequeñas cuestiones jurídicas. Con acierto el legislador y el Tribunal Supremo han considerado que la labor uniformadora debía extenderse a la totalidad de materias penales, coincidiendo una vez más *ius constitutionis* y *ius litigatoris*. El nuevo modelo de casación y el desplazamiento funcional que comporta refuerza, pues, el derecho a recurrir del particular con independencia de la mayor o menor gravedad del ilícito juzgado.

Porque se podría olvidar que en las finalidades examinadas ningún derecho fundamental se haya inicialmente en juego. Ni refiriéndose a fines privados y quehaceres correctivos de errores para proteger y satisfacer las pretensiones del litigante gravado, y las razones son conocidas e innegables (arts. 6 CEDH, 47 CDFUE, y 24 CE). Ni tratándose de objetivos públicos y funciones nomofilácticas y uniformadoras, y también aquí las razones son obvias, y ello aunque este modelo de casación pueda encontrar anclaje en principios constitucionales como la seguridad jurídica y la igualdad (arts. 9 y 14 CE).

Y porque se podría olvidar que la garantía del respeto a la ley no es graduable, que el *error iuris*, sus distintas manifestaciones, interesa a todos por igual y que la interpretación uniforme, pese a su predominio, no está reñida con la exacta interpretación. Y en este contexto se podría llegar a aceptar, primero, la existencia de diferentes vías de tutela al amparo del *ius constitutionis* y con el fin de dar respuesta a temas de sobrecarga de trabajo del órgano casacional. Y, después y es lo que sería más preocupante en un sistema como el nuestro, la relativa importancia de la intervención del legislador ante la exigida participación del Tribunal Supremo en la creación, siquiera parcial, del derecho penal y procesal penal.

3. EN SU ACCESO. DACIÓN DE CUENTA Y APLAZAMIENTO

No pueden concluirse estas páginas sin una brevísima referencia a ese tercer título: las consecuencias que para el acceso a la casación derivan del desapoderamiento constitucional y del cambio de modelo legal y, sobre todo, jurisprudencial.

Razones de espacio impiden su tratamiento. Sin embargo y con la promesa de estudio posterior, conviene dejar constancia del proceso de reflexión interna que en este punto ha llevado a cabo el Tribunal Supremo. Proceso de reflexión que pasa, lo hemos visto, por la diferenciación entre la casación frente a sentencias de apelación de las Audiencias Provinciales y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la establecida frente a esas mismas resoluciones judiciales cuando son dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia –Sala de lo Civil y Penal– o por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional. Desde esa dicotomía:

a) Para la primera casación [arts. 847.1.b) y 889.II LECrim] y partiendo del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional y de las resoluciones que lo aplican, debe adelantarse que son dos los condicionantes que de forma específica y novedosa delimitan su acceso: (i) la recurribilidad, que se define desde la concurrencia de dos elementos, resolución recurrible e interés casacional (en los términos del citado Acuerdo de 9 de junio de 2016 y que son en realidad los expuestos en el preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre); (ii) y la motivación a invocar, que lo es única y referida a la infracción de ley sustantiva (con una matización). Ambas cuestiones serán comprobadas en trámite de admisión imposibilitando, si alguna de ellas fuere incumplida, el acceso a la casación, mejor, el pronunciamiento de fondo sobre la pretensión casacional.

La ampliación, por tanto, que para el ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo ha supuesto la posibilidad de impugnar las sentencias dictadas en delitos menos graves se ve a continuación restringida desde las propias condiciones de acceso al recurso. No obstante, todo hace pensar que, superada la inicial y precisa etapa de homogeneización interpretativa, el interés casacional impedirá que la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo alcance cotas de todo punto inasumibles.

b) Para la segunda casación, la que se denomina ordinaria y que se rige por la regulación general, las últimas resoluciones jurisdiccionales que se han pronunciado al respecto tienden a confinar el acceso a la casación en márgenes más estrechos. Y el cambio aquí surge desde una regulación que no se ha visto afectada por la reforma de 2015 y por una reinterpretación clarísima de los motivos y las causas de inadmisión.

De este modo y partiendo de premisas conocidas –«la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que –como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico– pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte» (ATS 9349/2017, de 20 de julio)–, se destacará:

– Que la queja por quebrantamiento de forma, «una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad

declarada no tiene acceso a la casación», se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada» (ATS 9349/2017, de 20 de julio).

– Que el control casacional de la presunción de inocencia se constriñe, en cuanto cumplida la doble instancia, «al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba» (ATS 9349/2017, de 20 de julio).

– Que «la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con intermediación la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento» (ATS 2538/2017, de 26 de junio).

– Por tanto, que «en fase de admisión se verificará la formulación de los motivos dentro de estos límites», teniendo en cuenta que, si bien «es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión», sí «sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, *sensu contrario*). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que *prima facie* podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación» (ATS 9349/2017, de 20 de julio).

Así pues, a la espera de futuras reformas legales, solo quedaría atender a esos procesos de reflexión interna, iniciados y seguramente no culminados, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y también sobre ellos solo puedo proponer una espera.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T., «Recurso de casación: Entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2018.
- BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona 1992.
- CALAMANDREI, P., *La casación civil* (traducción de Sentís Melendo), Buenos Aires 1945.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P., «El sistema de impugnación frente a sentencias penales», en *BIMJ* núm. 2186, febrero 2016. *La segunda instancia penal*, Cizur Menor, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 25, 1989.
- CHIAVARI, M., *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1982.
- DAMIÁN MORENO, J., «La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia», en *Diario La Ley* 5, 2005.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., Madrid 1999.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», en *AJA* 1998 núm. 331 (BIB 1998/538).
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Los fines de la casación en el proceso civil», *Jueces para la democracia* núm. 16-17 1993, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2552472.pdf>.
- HUALDE LÓPEZ, I., «Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2017, v. 9 núm. 1.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El doble examen en la jurisdicción penal», *BICAM* 2001 núm. 17.
- MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015.
- MOLINER TAMBORERO, G., «La garantía de la seguridad jurídica en las sentencias de casación», en *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, 35-2013.
- MONTERDE FERRER, F., *Acuerdos plenarios no jurisdiccionales y jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Seguridad jurídica e independencia judicial*, Discurso de ingreso en el Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (pronunciado el 25 de enero de 2018), Cuaderno núm. 89, Valencia.
- MONTERO AROCA, J., FLORS MATIES, J., *El recurso de casación civil: casación e infracción procesal*, Valencia 2012.
- NIEVA FENOLL, J., «La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la “unificación de doctrina”». Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro derecho», en *Diario La Ley* 1, 2006.
- ORTELLS RAMOS, M., «La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo», en *El recurso de casación civil*, Cizur Menor, 2010.
- PIZZORUSO, A., «Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Doppio grado di giurisdizione e Principi Costituzionali», en *Rd Processuale* 1978.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., «Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo», en *Diario la Ley*, 1996, versión electrónica *B. D. General la Ley*.
- RUBIO LORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional* núm. 4, 2006. «Una Carta de dudosa utilidad», en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, director MATIA PORTILLA, F. J., Madrid 2002. «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», en *Claves de razón práctica* núm. 75, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Principio de legalidad penal y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?», en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* núm. 71, 1991.
- SUAU MOREY, J., *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Barcelona 1995.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación», en *Diario la Ley*, 6 de marzo de 2018.