LA NUEVA CASACIÓN, LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESDE 2015

A S.L., *in memoriam*

*Morii per la Bellezza; e da poco ero*

*discesa nell’avello,*

*che, caduto pel Vero, uno fu messo*

*nell’attiguo sacello*

*“Perché sei morta?, mi chiese sommesso.*

*Dissi: “Morii pel Bello”.*

*“Io per la Verità: dunque è lo stesso*

*-disse-, son tuo fratello”.*

Emily Dickinson, trad. “Micòl”, *El jardín de los Finzi-Contini,* G. Bassani

José Antonio Díaz Cabiale Magdalena López Castillo

*Profesor Titular Derecho Procesal Profesora Titular Derecho Procesal*

Universidad de Granada Universidad de Granada

[INTRODUCCIÓN 6](#_Toc62464899)

[I. El nuevo diseño de la casación penal y la presunción de inocencia 6](#_Toc62464900)

[La reforma de 2015: hacia un nuevo modelo de casación 6](#_Toc62464901)

[El derecho fundamental a la presunción de inocencia como uno de los ejes fundamentales de la reforma 6](#_Toc62464902)

[La necesidad de repensar el discurso sobre las finalidades de la casación en atención a la posición del TS en el actual ordenamiento jurídico 7](#_Toc62464903)

[La reconsideración del concepto de recurso extraordinario en función de los motivos que se pueden alegar y su tratamiento procesal 8](#_Toc62464904)

[II. Los proyectos de reforma de los recursos penales y la casación civil, 2020: el ALMEP y ALECRIM 9](#_Toc62464905)

[La presunción de inocencia en el ALECRIM 9](#_Toc62464906)

[CAPÍTULO I. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA Y EL IMPACTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 10](#_Toc62464907)

[I. Rasgos distintivos genéricos 11](#_Toc62464908)

[La importancia de la tradición jurídica patria en el modelo de casación 11](#_Toc62464909)

[Nuestra casación es heredera de la implantada por los revolucionarios franceses, pero es un error pretender implantar una suerte de esencia inmutable de la misma a partir de aquella 13](#_Toc62464910)

[Los rasgos esenciales que singularizan especialmente a nuestra casación en su devenir 13](#_Toc62464911)

[II. El impacto de la CE en el diseño de la casación 24](#_Toc62464912)

[La alteración del modelo casacional con el advenimiento de la CE de 1978: el carácter decisivo de los derechos fundamentales, en especial los procesales 24](#_Toc62464913)

[CAPÍTULO II. LA CASACIÓN PENAL A PARTIR DE 2015 32](#_Toc62464914)

[I. Clases de casación penal frente a sentencias hasta 2015 32](#_Toc62464915)

[II. LA NUEVA CASACIÓN PENAL DESDE 2015 SEGÚN EL LEGISLADOR 35](#_Toc62464916)

[La síntesis de la reforma según el legislador: la ampliación de la casación con una serie de contrapesos para lograr la uniformidad de la doctrina penal 36](#_Toc62464917)

[Pormenorización de la reforma 37](#_Toc62464918)

[III. LA CASACIÓN PENAL TRAS 2015 SEGÚN EL TS 48](#_Toc62464919)

[1. La tarea encomendada al TS 48](#_Toc62464920)

[2. Importancia y singularidad de la jurisprudencia del TS sobre la regulación de la casación 49](#_Toc62464921)

[3. La reforma de la casación según el TS 51](#_Toc62464922)

[IV. Las premisas del discurso del legislador y la jurisprudencia sobre el recurso de casación: la necesidad de analizar las finalidades de la casación y la naturaleza de los recursos extraordinarios 101](#_Toc62464923)

[CAPÍTULO III: EL RECURSO EXTRAORDINARIO Y LOS VICIOS ALEGADOS 102](#_Toc62464924)

[Los recursos extraordinarios 102](#_Toc62464925)

[Relatividad del concepto 103](#_Toc62464926)

[La limitación de la revisión de la *quaestio facti* como el factor distintivo decisivo desde que se implanta la casación 106](#_Toc62464927)

[Limitaciones del legislador al configurar los recursos extraordinarios 106](#_Toc62464928)

[La insuficiencia del criterio tradicional a la hora de distinguir el recurso extraordinario 108](#_Toc62464929)

[El elemento decisivo es la concreta restricción de la revisión que acontece en el recurso extraordinario 111](#_Toc62464930)

[La restricción de los vicios concretos que se pueden alegar y sus consecuencias procesales 113](#_Toc62464931)

[El error o vicio como presupuesto de los recursos 115](#_Toc62464932)

[La presunción constitucional de legalidad de las resoluciones procesales 117](#_Toc62464933)

[La carga del recurrente de alegar el vicio en que se ha incurrido como contenido del derecho al recurso 119](#_Toc62464934)

[La clasificación de los errores que se pueden alegar 121](#_Toc62464935)

[La dificultad de distinción entre los quebrantamientos de forma *in iudicando* e *in procedendo* 122](#_Toc62464936)

[Los vicios *in iudicando* implican un pronunciamiento sobre el fondo, pero no son únicamente las infracciones de ley (precepto sustantivo) 122](#_Toc62464937)

[Los problemas que suscitan los quebrantamientos de forma atinentes al enjuiciamiento 123](#_Toc62464938)

[El problema de los vicios *in iudicando* en la casación 125](#_Toc62464939)

[La infracción de precepto constitucional no es una categoría autónoma a la infracción de precepto sustantivo o los quebrantamientos de forma 133](#_Toc62464940)

[Importancia de los vicios a efectos de su tratamiento procesal 137](#_Toc62464941)

[Los vicios y los recursos ordinarios 137](#_Toc62464942)

[La necesidad de mantener la distinción entre infracciones de ley y quebrantamientos de forma 140](#_Toc62464943)

[CAPÍTULO IV: Infracción de ley (precepto sustantivo) 146](#_Toc62464944)

[La ausencia de un listado de las mismas 146](#_Toc62464945)

[Impropiedad de la expresión “ley sustantiva” 147](#_Toc62464946)

[Los ALECRIM y ALPEM 2020 148](#_Toc62464947)

[La imposibilidad de alegar la infracción de doctrina jurisprudencial en el orden penal 148](#_Toc62464948)

[Las infracciones de precepto sustantivo solo pueden ser *in iudicando* 150](#_Toc62464949)

[Posibles excepciones 150](#_Toc62464950)

[Tratamiento procesal de las infracciones de precepto sustantivo 156](#_Toc62464951)

[*L*os vicios sustantivos en el ALECRIM Y ALMEP 157](#_Toc62464952)

[CÁPITULO V. Los quebrantamientos de forma 157](#_Toc62464953)

[*In procedendo* 157](#_Toc62464954)

[Concepto 157](#_Toc62464955)

[El listado de estas infracciones 158](#_Toc62464956)

[Tratamiento procesal: diferencias entre los recursos ordinarios y extraordinarios 161](#_Toc62464957)

[*In iudicando* 163](#_Toc62464958)

[La complejidad de su estudio 163](#_Toc62464959)

[Concepto 164](#_Toc62464960)

[El plano de legalidad y constitucionalidad 164](#_Toc62464961)

[Los vicios en la construcción de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* 165](#_Toc62464962)

[Listado actual de los vicios (quebrantamientos de forma) *in iudicando* 174](#_Toc62464963)

[Tratamiento procesal 183](#_Toc62464964)

[esquema de los vicios y su tratamiento procesal en los recursos 193](#_Toc62464965)

[El tratamiento procesal del vicio alegado, la infracción de precepto sustantivo o quebrantamiento de forma, no es una elección del recurrente 195](#_Toc62464966)

[El tratamiento procesal de las infracciones de ley y quebrantamiento de forma es una consecuencia de la opción legislador al diseñar el ámbito del recurso, dentro de los límites impuestos por el plano de constitucionalidad 195](#_Toc62464967)

[La carencia de trascendencia de la voluntad del recurrente en el tratamiento procesal de las infracciones de ley y quebrantamientos de forma resulta de la naturaleza pública de las normas procesales 195](#_Toc62464968)

[CAPÍTULO VI CONCEPTO DE CASACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES 199](#_Toc62464969)

[Definición de la casación (modalidad ordinaria) 199](#_Toc62464970)

[Definición 199](#_Toc62464971)

[Los tres rasgos que singularizan a la casación 199](#_Toc62464972)

[Lo que singulariza a la casación es la posición del TS 201](#_Toc62464973)

[Las dos corrientes que auspician la reforma de la casación 202](#_Toc62464974)

[La relatividad histórica y técnica de las finalidades tradicionales de la casación: la tutela del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris* 203](#_Toc62464975)

[La necesidad de perfilar el análisis de la casación con una perspectiva moderna de la eficacia material y procesal de los pronunciamientos de los tribunales 208](#_Toc62464976)

[Precisiones sobre el sentido y finalidad de nuestra casación 212](#_Toc62464977)

[Los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales procesales están en el epicentro del futuro de la casación 213](#_Toc62464978)

[Las diferentes opciones del tratamiento de los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales procesales en la casación 216](#_Toc62464979)

[El análisis más restringido de los quebrantamientos de forma/derechos fundamentales procesales en casación 222](#_Toc62464980)

[BIBLIOGRAFÍA 223](#_Toc62464981)

# INTRODUCCIÓN

# El nuevo diseño de la casación penal y la presunción de inocencia

## La reforma de 2015: hacia un nuevo modelo de casación

Con la reforma de 2015, L 41/2015, la casación penal frente a sentencias ha sufrido cambios trascendentales cuyo alcance, sin embargo, no ha recabado inicialmente tanta atención como otras innovaciones que introdujo el legislador a través de dicha ley y de la LO 13/2015. Tanto el legislador, primero, como la jurisprudencia después, han insistido en la idea de que tras la reforma estamos en presencia de una nueva etapa, decisiva, en la historia del recurso extraordinario en la que, tras generalizarse la segunda instancia, se recuperaría el sentido originario de la casación. Analizaremos la virtualidad y el alcance real de semejante premonición mediante el análisis de los designios del legislador y la jurisprudencia del TS, sobre todo en lo que atañe al derecho fundamental procesal a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, que se ha convertido en la piedra de toque de la reforma.

## El derecho fundamental a la presunción de inocencia como uno de los ejes fundamentales de la reforma

Efectivamente, si, como se va a comprobar, con la excusa de que ya todas las sentencias (aunque, *infra*, existe alguna excepción que ha resultado inadvertida), han pasado el filtro de dos instancias, satisfaciendo el derecho del condenado a un recurso, art. 14.5 PIDCP, se pretende circunscribir esencialmente la casación a la infracción de ley sustantiva para, a través de la nomofilaxis (sustantiva), unificar la jurisprudencia, asegurando así la igualdad en el cumplimiento de la ley, art. 14 CE, a la par que se refuerza la seguridad jurídica, art. 9.3 CE[[1]](#footnote-1), resulta que el derecho fundamental a la presunción de inocencia se erige en el principal obstáculo. Y ello por dos motivos: primero por razones puramente estadísticas, y es que no hace falta ser un gran conocedor de la realidad del TS en el orden penal para constatar que es el motivo estrella en el recurso extraordinario; segundo, y es la causa de ese “éxito”, por razones de contenido: la presunción de inocencia, como se va a comprobar, supone la diferencia cualitativa de la casación penal frente al resto de casaciones por cuanto comporta obligatoriamente un análisis de la *quaestio facti* desconocido en el resto de los órdenes jurisdiccionales. Se trata de un quebrantamiento de forma *in iudicando*, que es también un derecho fundamental procesal, que desplaza el centro de gravedad de la casación penal a una cuestión estrictamente procesal centrada casi exclusivamente en la cuestión fáctica: ¿existe suficiente material probatorio apto (lícito, suficiente y con todas las garantías) para desvirtuar la presunción de inocencia del condenado?, ¿ha quedado debidamente probado que el condenado es culpable, a través de una adecuada, lógica y racional, fundamentación? Como se va a comprobar, este análisis de la construcción del relato fáctico, tanto en el elemento objetivo, el examen externo pero directo de los medios de prueba, como el subjetivo, las inferencias a partir del resultado de aquellos (sin que, excepcionalmente, se necesite constatar la arbitrariedad manifiesta), resulta desconocido para las otras partes en el proceso penal o en cualquier otro orden jurisdiccional. Y a mayor abundamiento, en un extraño maridaje o absorción por fusión de parte del contenido tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que atañe a la proscripción de fundamentación ilógica o irracional, también comporta un diferente tratamiento procesal de ese otro quebrantamiento de forma *in iudicando.* No puede extrañar, consiguientemente, que los mayores esfuerzos del TS se hayan destinado a tratar de justificar la “rebaja” del examen que el Alto Tribunal realiza de ese derecho fundamental en la “nueva casación”. Habrá que constatar, pues, a través del examen de la jurisprudencia emanada desde 2017, hasta qué punto la presunción de inocencia recibe desde entonces un tratamiento diferenciado en el recurso extraordinario; todo ello sin dejar de cuestionarnos, dogmática y prácticamente, hasta qué punto es posible dicha pretensión.

## La necesidad de repensar el discurso sobre las finalidades de la casación en atención a la posición del TS en el actual ordenamiento jurídico

A efectos de poder calibrar hasta qué punto las intenciones del legislador y las afirmaciones de la jurisprudencia resultan acertadas, pues ambos operadores jurídicos parten de unas premisas singulares, no se puede dejar de abordar, aunque sea brevemente, cuál es la verdadera finalidad de la casación; si es cierto que existe un sentido originario de la misma que hay que rescatar (la que se centra en el derecho sustantivo[[2]](#footnote-2)); hasta qué punto no es la propia realidad jurídica (condicionada por los aspectos políticos y económicos) la que obliga a matizar la finalidad del recurso extraordinario en cada momento; si puede, de alguna manera, sostenerse que en la actualidad, a tenor del complejidad del ordenamiento jurídico resultante del sistema de fuentes, la competencia funcional del TS es la misma que cuando se implantó la casación en el XIX.

Cualquier diseño de la casación, singularmente la penal, que prescinda de esa perspectiva está abocada al fracaso o a perdurar muy limitadamente en el tiempo, ya que implica ignorar la trascendental realidad afirmada. Por eso, seguir centrando el debate acerca de cuál de las consabidas finalidades del recurso extraordinario, la protección del *ius constitutionis* o el *ius litigatoris*, es la decisiva a tenor de su sentido originario…, pierde su vigencia por envejecimiento prematuro: no percibe la relatividad, histórica y técnica, de esos criterios y desdeña el dato capital: que la posición del TS en el ordenamiento jurídico actual no tiene parangón con ninguna situación anterior en la historia de la casación y que, consiguientemente, la resoluciones emanadas del recurso extraordinario ostentan una eficacia material y procesal variable según de los motivos de que se trate. Por eso, la jurisprudencia más reciente del TS, sobre todo a raíz de la reforma, no deja de reconocer esta circunstancia[[3]](#footnote-3).

Y a resultas del análisis de la misma surge un interrogante decisivo para el futuro de la casación: ¿qué suerte van a correr los quebrantamientos de forma que supongan a la vez la infracción de un derecho fundamental procesal?

## La reconsideración del concepto de recurso extraordinario en función de los motivos que se pueden alegar y su tratamiento procesal

La insuficiente perspectiva tradicional está condicionada por la propia indefinición del concepto de recurso extraordinario que se maneja habitualmente y que se reduce a una afirmación tan genérica como vacía de contenido: la limitación de las resoluciones recurribles y los motivos para impugnar. Se ignora así la cuestión capital: singularizar en qué consiste efectivamente esa restricción, qué motivos resultan vedados en la impugnación extraordinaria, limitando de esta manera, respecto al recurso ordinario, el examen de la cuestión debatida, y que provocan, en parte, una mutación del tratamiento procesal de los vicios alegados. Por eso, resulta obligatorio explicitar en qué consiste efectivamente la “limitación” de un recurso extraordinario. Así se podrá constatar si las limitaciones que se pretenden imponer a la casación, fundamentalmente, centrarlas en las infracciones de ley (sustantiva), son las que han operado históricamente en nuestra casación civil y penal. Es entonces cuando entra en escena el gran dilema histórico en nuestra casación: el tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando*. ¿Qué hacer con ellos? Lo que vuelve a poner en el centro de mira a la presunción de inocencia, un quebrantamiento de forma *in iudicando* que, como se señaló, desborda, el contenido tradicional de la casación penal.

Con esta perspectiva se logra una comprensión adecuada de los recursos (ordinarios y extraordinarios), tanto en lo civil como en lo penal, que permite superar las deficiencias o lagunas del legislador al articular los motivos y singularmente el tratamiento procesal de los vicios o errores alegados, aumentadas por la exégesis que en la práctica se ha hecho de las previsiones de los arts. 240.2.II LOPJ y 227.2.II LEC, como se constata en los recientes anteproyectos de 2020 que afectan a los recursos civiles y penales. Y además también se consigue una intelección cabal de la auténtica esencia de las “apelaciones extraordinarias” penales: la que existe frente a las sentencias dictadas por el magistrado presidente del tribunal del jurado, arts. 846 bis a) y ss. LECrim, y la que se implanta desde 2015 para la acusación, art. 790.2.III LECrim, a la par que, por otro lado, se constata cuál es el tratamiento procesal que se da en ellas a los quebrantamientos de forma *in iudicando*, así como la influencia de la jurisprudencia del TEDH en el diseño de los recursos para la acusación y en el tratamiento del error de hecho en casación.

Solo entonces se está en condiciones de responder a los interrogantes esenciales: ¿ha comportado la reforma de 2015 la alteración la naturaleza de la casación?, ¿era esa la intención del legislador?, ¿qué modelos de casación existen realmente tras la reforma de 2015?, ¿es cierto, como afirma la jurisprudencia, que la revisión en casación de la presunción de inocencia es mucho más restrictiva?, ¿es eso posible teóricamente?, ¿qué supone a efectos prácticos para el recurrente la nueva jurisprudencia sobre la presunción de inocencia? Y en el futuro, ¿sería posible excluir la presunción de inocencia u otros quebrantamientos de forma, que también suponen la lesión de un derecho fundamental procesal, de la casación?...

# Los proyectos de reforma de los recursos penales y la casación civil, 2020: el ALMEP y ALECRIM

Por si cupiera alguna duda, dos recientes anteproyectos avalan la necesidad de las reflexiones contenidas en estas páginas. Por una parte, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECRIM), 24/11/2020, de largo recorrido, y por otra el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP), 15/12/2020. En ambos casos se aborda la reforma del recurso extraordinario en el orden civil y penal. Concretamente, en el segundo se procede a reunificar los recursos extraordinarios en el proceso civil, volviéndolos a refundir nuevamente en uno solo: la casación. Al margen de otras matizaciones, *infra,* cabe advertir: 1) ambos textos mantienen la posibilidad de alegar los quebrantamientos de forma en casación; de hecho en lo civil se amplía su tutela al consentir la existencia de interés casacional fundado en los mismos, apartado VI Expos. de motiv. ALMEP[[4]](#footnote-4); 2) el recurso extraordinario tanto en lo civil como en lo penal queda reducido a la existencia de interés casacional, construido (a modo y semejanza del previsto en el orden c-a) de forma subjetiva (aunque se delimite objetivamente dicha circunstancia; de hecho en lo civil se subjetiviza al máximo en un supuesto: si la cuestión suscita un interés general para la interpretación de la ley): ya no existen cuestiones, objetos, que *per se ipsos* accedan al recurso extraordinario salvo el caso de los derechos fundamentales sustantivos civiles, art. 477.2 LEC según el ALMEP.

La carencia principal de ambos textos, en la materia señalada, se ciñe a dos de las cuestiones centrales que son objeto de nuestro estudio: los motivos del recurso y su tratamiento procesal, aunque en lo civil la cuestión está mejor abordada, *infra*. En ambos casos y colofón, *infra,* la solución propuesta no puede ser más descorazonadora: el TS (o el TSJ en su caso en lo civil) dictará la resolución que proceda (el ALMEP, con mejor criterio, tiene la precaución de no explicitarlo). Se produce, consiguientemente, un retroceso a un momento previo a la elaboración de nuestras leyes decimonónicas procesales señeras con vigencia superior a un siglo. Que, como se puede constatar en este trabajo, se trate de una cuestión especialmente compleja no justifica el derrotismo y la propuesta de soluciones simplistas y e inconcretas que solo provocan confusión e inseguridad jurídica, en especial cuando, paradójicamente, se postula la reforma de la casación para reforzar dicho principio constitucional que también resulta ser un derecho fundamental procesal, art. 24.1 CE. Además, en el ALECRIM está indebidamente enraizada otra de las cuestiones rebatidas en esta investigación: que es el recurrente quien dispone de la suerte o tratamiento procesal del quebranto alegado.

## La presunción de inocencia en el ALECRIM

Por su parte, la extensísima Expos. de motivos del ALECRIM tampoco analiza la cuestión capital que atañe en la actualidad a la casación penal (aunque extensible a los restantes órdenes jurisdiccionales, en especial el civil que también cuenta con una segunda instancia previa) y que centra buena parte de este trabajo: la magnitud de la revisión que se efectúa de los derechos fundamentales procesales en el recurso extraordinario cuando previamente ya ha existido una apelación. Especialmente curiosa resulta esta omisión de rabiosa actualidad en lo que atañe a la presunción de inocencia, cuando este derecho fundamental se ha erigido, equivocadamente, *infra* en la pieza clave en la propuesta de la segunda instancia penal. Probablemente la razón deba encontrarse en el seguidismo del ALECRIM 2020 respecto del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que, por razones cronológicas, no abordaba una cuestión que entonces no se había planteado.

Efectivamente, no puede decirse que el ALECRIM desdeñe la trascendencia de la presunción de inocencia en general y en los recursos en especial, sino todo lo contrario. El problema es que por un insuficiente planteamiento dogmático su contenido resulta hipertrofiado hasta desnaturalizarse. Por un lado, e indebidamente influido por la directiva UE 2016/343, considerandos núms. 16 a 21 y arts. 4 y 5[[5]](#footnote-5), se expande su juego hasta predios imposibles: la realidad sustantiva, extraprocesal (regla de trato), sin advertir que en esa sede solo pueden estar en liza los derechos sustantivos: honor, libertad, arts. 7 y 10 ALECRIM... Basta pensar en cuál debería ser el tratamiento procesal adecuado para tutelar esa presunta vertiente “sustantiva”, en cuanto que regla de trato, de la presunción de inocencia para constatar la magnitud del error en que se incurre. Y por otro, y esto es más grave, se desfigura el contenido de la segunda instancia haciendo gravitar el contenido de esta en torno a la presunción de inocencia, *infra*. No se percibe que, como se explica largo y tendido en estas páginas, es el error en la valoración de la prueba *in genere* lo que singulariza a los recursos ordinarios, aunque se trate de una *revisio prioris instantiae,* frente a los extraordinarios. Y que, consiguientemente, amplia los límites de la revisión de la *quaestio facti* propios de la presunción de inocencia (aunque se ciña, por la exigencia de inmediación en lo penal, a la posibilidad de volver a valorar la prueba no personal). Por eso, la regulación de los motivos de la apelación y el, inexistente, tratamiento procesal de los mismos resulta sumamente deficiente, *infra*.

Urge pues, y a tenor de las explicaciones que vertimos en las páginas siguientes, que el pre legislador enrumbe la derrota del ALECRIM, pues de otra manera el naufragio es cierto: se corre el riesgo de implantar un sistema de recursos en el orden penal con unas carencias técnicas inusitadas.

# CAPÍTULO I. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA Y EL IMPACTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A efectos de presentar las características más singulares de nuestra casación, abordamos, por un lado, las que resultan hasta la CE, y las que traen causa de esta, por otro. Al proceder así, se incurre en alguna incongruencia cronológica, justificada por las razones pedagógicas que auspician este planteamiento.

# Rasgos distintivos genéricos

## La importancia de la tradición jurídica patria en el modelo de casación

Los medios de impugnación constituyen la institución procesal en la que la impronta nacional deja más huella. La razón estriba en que al configurar el sistema de recursos las circunstancias políticas y socioeconómicas de cada país pesan con mayor o igual fuerza que las razones técnicas. De esta manera, el autocontrol del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el propio poder judicial en cada ordenamiento responde a la idiosincrasia de cada país y comporta significativas diferencias entre ellos.

Dejando de lado la singularidad de la injusticia notoria y segunda suplicación de nuestro derecho histórico castellano, que solo pueden reputarse ancestros muy lejanos de nuestra casación, probablemente en nuestro caso el mejor ejemplo lo constituya la propia presunción de inocencia: ¿existe en algún país de nuestro entorno, de nuestra tradición jurídica (el modelo europeo de justicia constitucional después de la segunda guerra mundial[[6]](#footnote-6)), un recurso (proceso) de amparo ante el respectivo TC que además ostente una amplitud como el nuestro?, ¿acaso a través del mismo no se añadió a la función política tradicional del TC (mantenimiento de la división de poderes y asegurar el respeto a los derechos de la minoría), la posibilidad de controlar a un poder judicial, art. 123 CE, que derivaba de un régimen político muy diferente al que se acababa de instaurar[[7]](#footnote-7)?, ¿no fue precisamente a través de la jurisprudencia constitucional sobre la presunción de inocencia cómo se alteró el concepto y significado de la actividad probatoria en el proceso penal?... En definitiva, en ninguna nación de nuestro entorno el derecho a la presunción de inocencia (fruto a su vez, de un recurso de amparo de extensión inusitada, entre otras, por las razones expuestas) se ha utilizado como el instrumento técnico que amplía la revisión de la *quaestio facti* en los recursos extraordinarios, en especial la casación, en un sistema en el que la segunda instancia era una excepción. Es tal la trascendencia del derecho fundamental procesal que, como se ha reseñado y explicitará *infra,* deslumbra al pre legislador y lo confunde a la hora de conceptuar en qué consiste la segunda instancia o apelación en el futuro proceso penal que se pretende implantar.

Es el propio legislador quien, al abordar la reforma radical de la casación que se intentó acometer con la LEC, proclamó expresamente la fuerza de los elementos autóctonos al configurar el sistema de recursos, “conforme a los valores positivos sólidamente afianzados del propio sistema jurídico y jurisdiccional, sin incurrir en la imprudencia de desechar instituciones enteras y sustituirlas por otras de nueva factura o por piezas de modelos jurídicos y judiciales muy diversos del nuestro”, y ello porque, según afirmaba anteriormente, se tenía “la convicción de que la reforma de la Justicia en este punto como en otros, no puede ni debe prescindir de la historia, de la idiosincrasia particular y de los valores positivos del sistema jurídico propio (…)”, apartado XIV, párrafos III y V, Expo. de Motivos de la LEC.

Por eso, los parámetros con lo que se tiene que abordar el estudio de la casación penal en nuestro país, como en todos, son muy singulares, los atinentes a la propia realidad jurídico-política en un momento concreto: nuestro modelo de Estado de Derecho, con un concreto sistema de fuentes, en el que existe un específico sistema de protección de los derechos fundamentales que condiciona la posición de nuestro TS, en especial en lo penal en atención a los derechos fundamentales procesales del acusado, como último intérprete del plano de legalidad. Sobre ello opera la libertad del legislador al diseñar el sistema de recursos, mas siempre condicionado por los medios de nuestro Estado y, en menor medida, la tradición jurídica patria.

De esta suerte, en el estudio de la casación penal española y la reforma operada por la L 41/2015, tiene una importancia capital el conocimiento de sus rasgos esenciales según nuestra tradición, frente a los cuales el derecho comparado ostenta una trascendencia mucho menor. Por eso, sin despreciar elementos de derecho extranjero, nuestro estudio se centra en el derecho patrio.

Además, un análisis aislado de la casación penal carece de sentido si no se toma también en consideración la evolución de la casación civil. Se precisa de una perspectiva holística del recurso. Y es que si se intenta aprehender los rasgos esenciales de nuestro recurso extraordinario a través de su devenir histórico, resulta imprescindible constatar si el legislador tiene una visión conjunta del mismo; si existe un centro de gravedad compartido que irradia su influencia a los restantes órdenes jurisdiccionales. Pues en otro caso, más que de rasgos esenciales habría que hablar de rasgos contingentes y caprichosos. Como se va a constatar, no es así, el legislador ha mantenido, en lo fundamental, una perspectiva unitaria de la casación (aunque no coincida exactamente con aquella que normalmente se presenta). Además del tronco común, la historia de la casación civil y penal demuestra, a pesar de que la primera anteceda a la segunda, la existencia de influencias compartidas, aunque también haya importantes diferencias.

Conviene preciar dos cuestiones: la primera es que en este trabajo no se va a realizar una exposición histórica cronológica de nuestra casación penal[[8]](#footnote-8), porque ello no resulta útil para nuestro planteamiento; simplemente se van a destacar aquellos rasgos que, a nuestro entender y según su devenir durante los S. XIX y XX, la singularizan especialmente y que son decisivos a los efectos que ahora nos interesan (aprehender sus características esenciales aun siendo conscientes de la mudabilidad y contingencia histórica de estas). La segunda es que tampoco se va a realizar un análisis pormenorizado de esos rasgos, porque ello acontece a lo largo del trabajo cada vez que resulte necesario, en especial cuando se examinan los vicios o defectos que en ella se aducen y el oportuno tratamiento procesal que se les brinda. Ahora lo que se precisa es gozar de una perspectiva global de los rasgos identitarios de nuestra casación en su singladura histórica y que la particularizan, para evitar que aquella se pierda de vista al llevar a cabo el análisis diseccionado de sus elementos.

## Nuestra casación es heredera de la implantada por los revolucionarios franceses, pero es un error pretender implantar una suerte de esencia inmutable de la misma a partir de aquella

Partimos de la premisa, comúnmente compartida, de que, aunque existen otros antecedentes históricos a los que no vamos a dejar de hacer referencia, nuestra casación es descendiente directa de la implantada por los revolucionarios franceses en las postrimerías del S XVIII[[9]](#footnote-9), como un mecanismo de control (inicialmente no jurisdiccional) del poder judicial[[10]](#footnote-10), modificada por el Imperio, y que se expande por Europa durante el S. XIX[[11]](#footnote-11) a través del movimiento codificador, asumiendo unas singularidades propias en cada nación en atención a los factores que se han enunciado, y que terminan por convertirla en un mecanismo de control jurídico y uniformidad jurisprudencial encomendada a un tribunal único[[12]](#footnote-12). Por eso, y aunque luego se insistirá, es un error contemplar este fenómeno de la siguiente manera: en Francia se creó una institución jurídica, la casación, con una esencia bien definida, inmutable y universal, y destinada a satisfacer unas necesidades también comunes, que al irse adaptando en cada país supuso una suerte de degradación o corrupción del modelo original, de manera que convendría, en la medida de lo posible, que el legislador tratase de retomar el modelo originario y volver a la pureza del modelo prístino para poder cumplir la finalidad, la misma e inmutable, para la que fue creada. Se trata de la perspectiva sincrónica de las instituciones jurídicas que denunciamos en este trabajo y que pierde de vista la naturaleza necesariamente dinámica y cambiante de aquellas en función del mudable escenario para el que se diseñan.

## Los rasgos esenciales que singularizan especialmente a nuestra casación en su devenir

### La tardía implantación de la casación penal como la postrera manifestación de la concepción restrictiva de los recursos en dicho orden

La primera singularidad de la casación penal es su implantación general postrera, 1870, en más de un cuarto de siglo, a la civil, 1838. Una circunstancia que ha de entenderse dentro del marco más genérico de la evolución tardía de los recursos penales frente a los civiles. Existe, ciertamente, toda una corriente histórica que ha restringido la posibilidad de recurrir en lo penal y que solo se ha visto superada efectivamente con el advenimiento de la Ilustración. Por eso incluso estaban excluidos inicialmente los procesos penales de la regla de las tres instancias del derecho castellano, *infra[[13]](#footnote-13).* Aunque los argumentos para explicar dicho fenómeno varían, el de mayor prevalencia es la finalidad de proteger el interés público frente a la comisión de delitos: se trataba de eliminar obstáculos a la pronta represión de aquellos y aplacar la alarma social, evitando que en los delitos más graves se retrasase el cumplimiento de la pena. Así, ya desde el derecho romano la apelación estaba vetada en lo penal en los supuestos de especial gravedad, lo que a su vez se reflejó en el derecho justinianeo y sus glosadores. Esa es la tendencia que se importa a nuestro derecho histórico castellano, que pasó de una prohibición absoluta (Fuero Real) a una relativa en las Partidas, en la que se estipuló la inapelabilidad de dos categorías de “yerros”: una fija, que impedía la apelación de los “delitos atrozes” (que se enumeraban) cuando existía prueba cierta o confesión del reo; otra variable, que permitía a la autoridad estipular, ante supuestos específicos de alarma social, que ciertos “crímenes” (normalmente robos, salteamientos de caminos…) no tuvieran apelación posible (una prerrogativa de la que se hizo uso, mediante cédula, hasta 1783)[[14]](#footnote-14). En todos estos supuestos se aseguraba la ejecución inmediata. Ante este panorama refractario a los recursos penales (y más concretamente, la apelación), no puede sorprender que el último estertor de nuestro derecho histórico castellano, la Novísima Recopilación, 1805, abordase la regulación de los recursos, ordinarios y extraordinarios[[15]](#footnote-15), dentro “De los Juicios civiles, ordinarios y executivos”, Lib. XI dedicado al proceso civil, mientras que en el “arreglo” del proceso penal, “De los delitos, y sus penas: y de los juicios criminales” Lib. XII, Tits. 32 a 42, no se contemplaban los mismos[[16]](#footnote-16). Se trata de la continuación de la tradición ya empleada en las Partidas, en la que las alzadas o recursos se contenían en la Partida Tercera, relativa al proceso civil, mientras que en la Partida Séptima, junto a los crímenes y sus penas, se regulaba el derecho procesal penal.

El panorama se altera radicalmente con la Constitución de Cádiz en un doble sentido: a) por un lado, la expansión del recurso de apelación con carácter general para los delitos de mayor entidad[[17]](#footnote-17); b) por el otro, y en sentido contrario, no se consintió el recurso extraordinario, la nulidad, antecedente de la casación, en lo penal, y se restringió solo a lo civil[[18]](#footnote-18). Como es sabido, en realidad, la inexistencia de la casación en lo penal (de su precedente), no resultaba de una previsión expresa de la Constitución de Cadiz, sino que fue el fruto de la interpretación que hizo el Parlamento, una suerte de *référé legislatif* prevista en el art. 131 Constitución de 1812[[19]](#footnote-19)*,* a través de un Decreto, 17 de julio de 1813, cuando se le sometió (el Supremo Tribunal)[[20]](#footnote-20) la consulta acerca de si la nulidad (casación) también debía existir en el proceso penal: se concluyó que, en atención a que las causas criminales debían ser breves, art. 286 Constitución, no cabía la nulidad en ellas.

En definitiva, la influencia del humanismo renacentista y la Ilustración, consiguió dejarse sentir al principio de nuestro periodo codificador también en el ámbito de los recursos en el proceso penal, por cuanto mitigó el peso del interés público en asegurar la naturaleza represiva inmediata del derecho penal y permitió la existencia generalizada del recurso ordinario, la apelación. Pero fue una influencia limitada, porque a la vez hizo desaparecer el recurso extraordinario que se encomendaba al Supremo Tribunal de Justicia, “a fin de que los delitos sean prontamente castigados”, art. 286 Constitución de 1812[[21]](#footnote-21).

Frente a esta intelección, existió otra que fundó precisamente en el humanismo la inexistencia de la casación: al ser la legislación penal especialmente rigurosa, con penas excesivas, en la medida en la que las Audiencias sabían que sus fallos no podían ser revisados, se mostraban mucho más benevolentes[[22]](#footnote-22). En resumen, como había que, por razones de equidad, en cierto modo, infringir la ley sustantiva, no tenía sentido que se implantara un recurso entre cuyas finalidades destacaba la revisión de la aplicación de esta.

Sea por un u otra causa, lo cierto es que cuando se implanta la primera casación, Decreto de 4 de noviembre de 1838, se excluye, art. 6º, expresamente en lo penal. Este retraso de más de cuarenta años en generalizar la casación penal frente a la civil, podría dar a entender que el recurso extraordinario penal estaba destinado a desarrollarse a rebufo del civil, de suerte que se limitaría a incorporar todo aquello que ya existía en este.

Y sin embargo, esta es una perspectiva errónea. Por un lado, porque antes de la implantación generalizada de la casación penal, que no acontece hasta la ley de 18 de junio de 1870, ley de Montero Ríos, existió la casación penal circunscrita a los delitos de contrabando y defraudación, 1852, RD de 20 de junio, que anticipa uno de los rasgos propios históricos de nuestra casación: la ausencia de reenvío (aunque conocían dos Salas diferentes). Por otra parte, desde un primer momento, y aunque existe una evidente interacción entre ambas casaciones (como se comprobará especialmente, *infra*, al comparar el listado de los quebrantamientos de forma *in procedendo* de una y otra), la penal denotaba una cierta autonomía propia, y así la mencionada ley de 1870 también anticipó el otro rasgo fundamental que singularizará a nuestra casación, aunque no llegó a plasmarse en la práctica, y que, sin embargo, la casación civil no contemplaba en la ley de la misma fecha y año que la regulaba: el error de hecho en la valoración de la prueba. Y, aunque resulte un detalle de menor importancia, tampoco cabe olvidar que la primera vez que la casación recibe ese nombre, reemplazando al de nulidad, es precisamente en el orden penal en 1852.

### La reforzada protección del *ius litigatoris* es la característica más significativa de nuestro modelo casacional

Si algo caracteriza a nuestra casación es que, frente al modelo originario francés[[23]](#footnote-23), refuerza la tutela del *ius litigatoris* en varios aspectos elementales.

#### La ausencia de reenvío

Aunque en un principio el Tribunal Supremo se limita a revocar el fallo, enseguida se dispone que además dicte un nuevo pronunciamiento cuando se trata de las infracciones de ley[[24]](#footnote-24). Y precisamente en este sentido la casación penal se anticipa a la civil: así se dispone en 1852 para los mencionados delitos de defraudación y contrabando. Justo un año después también se recoge en la Instrucción del Marqués de Gerona, 1853, y ya en la primera Ley de Enjuiciamiento Civil, 1855 se consagra[[25]](#footnote-25).

#### La posibilidad de revisar, aunque sea limitadamente, la quaestio facti

Frente a la exclusión de la revisión de los hechos en el modelo francés[[26]](#footnote-26), nuestra casación apostó relativamente pronto por la posibilidad de poder constatar que no se hubiera cometido un error notorio en la fijación de los hechos. Una vez más se suele pasar por alto que, aunque se trata de una cuestión que se implantó en la Lec de 1881, y que no se recogió en nuestra LECrim hasta 1933, a pesar de que el TC no haya reparado en ello y se confunda[[27]](#footnote-27), fue la casación penal la primera que contempló este motivo, 1870, aunque no cristalizó en la Ley de Enjuiciamiento provisional de 1872.

Desde entonces es un rasgo que ha acompañado el devenir de nuestra casación y ha pasado a formar parte de su idiosincrasia; así el TS, en el orden penal, afirma que “ha sido consustancial al significado del recurso de casación”[[28]](#footnote-28), aunque el legislador en 1992 intentó, sin éxito, como se explicará, eliminarlo en la casación civil.

La posibilidad de revisar, aunque fuera tan limitadamente, los hechos a través de la casación[[29]](#footnote-29), fue una de las cuestiones más criticadas, en su momento, por la doctrina que entendía que con ello se adultera la naturaleza originaria de la casación[[30]](#footnote-30). Al margen de lo que se explicará acerca de la existencia de una presunta esencia prístina e inmutable de este recurso ordinario, también se suelen perder de vista dos cuestiones interconectadas que, nuestro juicio, ayudan a explicar esta “traición” patria al modelo originario:

* La casación sustituye a un sistema de recursos extraordinarios castellanos, en vigor durante casi siete siglos, segunda suplicación e injusticia notoria, en los que sí existía una completa revisión de la *quaestio facti.*
* Que aunque se intentó derogar aquellos inicialmente, 1812, ello no fue posible, de suerte que se encomendó al Tribunal Supremo, desde que se implantó en 1834, RD de 24 de marzo, el conocimiento de los mismos. E incluso, a pesar de que se derogaron en 1838, RD de 4 de noviembre, al implantarse la casación (nulidad), tuvo que seguir conociendo de ellos, en virtud de las disposiciones transitorias, hasta 1868.

De esta suerte, desde su creación nuestro Tribunal Supremo nunca se ha dedicado a revisar exclusivamente la aplicación del derecho, aunque ello fuera a través de disposiciones transitorias y recursos destinados a desaparecer. Pero, sea como fuere, justo hasta dos años antes de la primera previsión, en el proceso penal, que contempla el error de hecho en la valoración de la prueba, el Tribunal Supremo también revisaba la *quaestio facti* en los supuestos indicados.

En definitiva, que el Tribunal Supremo dicte un nuevo fallo sobre el fondo cuando ello es posible, así como el hecho de que pueda examinar, aunque sea mínimamente, la regularidad de la formación de la *quaestio facti*, y de esta manera atienda a la singularidad más extrema del asunto controvertido, comportan que nuestra casación suponga un grado de protección de los derechos de los litigantes, del *ius litigatoris*, completamente desconocido en el modelo originario del que procede.

Debe advertirse que este aspecto, la revisión del error de hecho, era el único supuesto que consentía la revisión de un aspecto de la formación de la *quaestio facti*, pues en ningún caso se controlaba la calidad lógica de las inferencias del tribunal al configurar el relato fáctico.

#### Los quebrantamientos de forma siempre han formado parte de la casación

El otro gran rasgo distintivo de nuestra casación es que a ella[[31]](#footnote-31) nunca le han sido ajenas los quebrantamientos de forma, todo lo contrario, ya desde un primer momento, 1838, los incluía. De hecho, como se indicó, la nulidad de la Constitución de Cádiz solo contemplaba los quebrantamientos de forma. Por eso, se considera que el antecedente más próximo a la casación lo constituye en realidad la injusticia notoria (de la que conocían el Consejo de Castilla y el Consejo de Indias) regulada en el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 que distinguía entre los quebrantamientos de forma y la infracción de ley [[32]](#footnote-32).

##### El problema del tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando* en nuestro modelo casacional

Mas esta decidida inclinación de nuestro modelo casacional hacia la protección del *ius litigatoris* también plantea retos técnicos que complican el tratamiento procesal de los vicios o infracciones que se pueden alegar. Es decir, el hecho de que el Tribunal Supremo deba dictar un nuevo fallo sobre el fondo, suscita el dilema de cuándo y cómo debe proceder a ello. Y este dilema, así como las diferentes soluciones por las que se ha optado al encararlo, también ha marcado decisivamente la historia de nuestra casación, resultando ser también una característica propia de nuestro modelo casacional. No puede, consiguientemente, sorprender, que, como se verá, en los recientes anteproyectos, ALECRIM y ALPEM, el legislador haya optado por la técnica de lavarse las manos y dejar al Alto Tribunal (en lo penal incluso al tribunal que conoce de la apelación) la encomienda de resolver en cada caso “lo que proceda”. El inconveniente es que la, impropiamente denominada, técnica del avestruz[[33]](#footnote-33), además de no eludir los problemas genera inseguridad (abonando un motivo de “interés casacional” tan del gusto de ambos pre legisladores), y desvirtúa el planteamiento y tratamiento de los vicios en los recursos.

Y es que si, efectivamente, resulta sencillo constatar que si ha acontecido directamente la infracción de la ley sustantiva por parte del órgano *a quo*, el Tribunal Supremo en el nuevo fallo procederá a su corrección, el verdadero dilema se plantea cuando la errónea o indebida aplicación de aquella trae causa directa e inmediata de un quebrantamiento de forma acontecido en el mismo momento del enjuiciamiento. Son los quebrantamientos de forma *in iudicando*, que, como se comprobará, generan como un primer reto su catalogación: hasta dónde alcanzan, si se trata de los requisitos internos de la sentencia o solo algunos de ellos, así como qué sucede con los requisitos externos de la misma[[34]](#footnote-34). El segundo dilema estriba en estipular el tratamiento procesal oportuno: si consienten un nuevo fallo o si bien provocan el reenvío.

Aunque se trata de una cuestión analizada más ampliamente[[35]](#footnote-35), hay que constatar que en este aspecto los caminos de la casación civil y penal se bifurcan durante más de un siglo:

* Por su parte, la casación penal, desde 1872, distingue entre los quebrantamientos de forma *in procedendo* e *in iudicando* pero a todos les otorga el mismo tratamiento procesal: el reenvío. Y ese es el esquema trasplantado a nuestra LECrim y que se ha mantenido desde entonces, art. 901 bis a) LECrim.
* Por el contrario, la casación civil históricamente opta, Lec 1881, por incluir los quebrantamientos de forma *in iudicando* en las infracciones de ley para, a costa de atentar contra la integridad del concepto de estas, asegurar de esa manera la posibilidad de que el Tribunal Supremo pueda dictar un nuevo fallo.

Por otra parte, como se comprobará, en la actualidad el tratamiento procesal de estos quebrantamientos está condicionado por las exigencias que impone la Constitución y la intelección de los derechos fundamentales según la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuando ha existido una cesión de soberanía, además de las que resultan de la propia naturaleza del recurso de que se trate, así como las que estipula el legislador al determinar hasta dónde alcanza el derecho al doble grado en los medios de impugnación.

### Otros dos rasgos significativos de nuestra casación penal resultantes de las opciones técnicas del legislador

#### El recurso más común y único en los delitos más graves

El juego de la libertad del legislador ha condicionado decisivamente el juego de nuestra casación penal en un doble sentido:

Por un lado, al diseñar el modelo de nuestro penal en función de la institución del jurado en 1882, obligaba a estipular un recurso extraordinario, en el sentido propio que empleamos, frente a las sentencias resultantes del mismo. Como no se estableció un grado intermedio entre el jurado y el Tribunal Supremo, resultó que la casación se convirtió en el recurso más común de nuestro sistema procesal. Y no solo el más común sino también en el único, una vez que el intento de implantar el jurado en 1888 apenas tuvo trascendencia práctica resultó que tras el enjuiciamiento de las Audiencias el único recurso que existía era la casación.

Por otra parte, nuestra casación penal ha mostrado su vertiente más restrictiva al excluir de su conocimiento a ciertos delitos: en 1949, L de 16 de julio, se suprimió la casación en los juicios de faltas y en 1988, L 07/1988[[36]](#footnote-36), también se excluyó para aquellos delitos de los que conocen los Juzgados de lo Penal. Desde entonces, hasta 2015, las faltas y los delitos de menor entidad gozaban del recurso ordinario, con mayor amplitud, la apelación, mientras que para los más graves solo existía el recurso extraordinario, la casación. Y a partir de ese momento, como se constatará, continuando la tendencia de 1949, el TS excluye la casación para los delitos leves, lo que el pre legislador ratifica en el ALECRIM 2020.

#### La posibilidad de rechazar a limine los recursos de casación mediante un examen anticipado del fondo: de la carencia manifiesta de fundamento a la inexistencia de interés casacional

Aunque su trascendencia no resalte inmediatamente, estamos ante el rasgo más significativo que se han adherido a nuestra casación en los últimos tiempos. Esto es, ante la necesidad de buscar aliviaderos a la sobrecarga de trabajo del TS en general, se ha decidido que en el trámite de admisión, mediante una composición reducida de la Sala en cuestión, e incluso a través de resoluciones judiciales en el límite del ámbito previsto para ellas, se pueda examinar *ab initio* la fundamentación de un recurso de casación, el fondo del mismo, y acordar su inadmisión. Se trata, como se explicitará *infra*, de una manifestación del principio de oportunidad en términos estrictamente procesales.

Debe advertirse inmediatamente que esta técnica no es exclusiva de la casación ni, consiguientemente, del TS, sino que también existe ante el TC en el ámbito del recurso de amparo.

En cualquier caso es un rasgo que diferencia a la casación de los restantes recursos, ya sean ordinarios o incluso extraordinarios (las apelaciones extraordinarias para la acusación y el tribunal del jurado carecen del mismo; por el contrario en el orden social, la regulación de la suplicación, art. 200.1 LJS, sí consiente la inadmisión si existe doctrina jurisprudencial unificada del TS en el mismo sentido que la sentencia recurrida).

Así, precisamente para evitar la sobrecarga de trabajo generada por el juego de la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, el legislador mediante la L 21/1988[[37]](#footnote-37) operó una reforma en el trámite de admisión del recurso de casación penal, de suerte que en ese momento y mediante unanimidad, arts. 885 y 889 LECrim, se pudiera rechazar (total o parcialmente) el mismo si:

1. El recurso carecía manifiestamente de fundamento
2. Si el TS había desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales

Se trataba, como se ha señalado, evidentemente de anticipar el pronunciamiento sobre el fondo al momento de admisión, ampliando las causas de inadmisión de motivos estrictamente formales a parte de los de aquella otra naturaleza. De las dos causas, la primera es la que supone el análisis más profundo del fondo, por cuanto la segunda puede llevarse a cabo, en principio, en términos de estricta comparación. Por el contrario, concluir que un recurso carece de fundamento implica analizar cada uno de los argumentos esgrimidos de forma singularizada y desdeñarlos, a pesar de que el empleo del adverbio “manifiestamente” dé a entender que se trata de constatar algo notorio y que solo bajo esa circunstancia cabría rechazar el recurso. Precisamente ese mismo año se operó la reforma del art. 50.1 LOTC en lo atinente al recurso de amparo y se incluyó la posibilidad de inadmitirlo, entre otros, por motivos idénticos a los reseñados[[38]](#footnote-38). Además, dichas causas de inadmisión se han mantenido en la LEC para los recursos extraordinarios allí previstos[[39]](#footnote-39), una vez que en 1992 se incorporasen a la casación en la Lec de 1881[[40]](#footnote-40).

Resulta evidente que el ejercicio genérico de la potestad de desestimar *ab initio* un recurso por falta de fundamentación, a través de su inadmisión, comporta un riesgo notorio de arbitrariedad a través de un forzado o inexistente razonamiento, en resoluciones cuya posibilidad de ser recurridas es nula o mínima. De esta suerte el riesgo de lesionar el art. 24.1 CE, la tutela judicial efectiva, a través de ese mecanismo es una realidad innegable. De la delicada situación que supone esta realidad pueda dar una idea el hecho de que, como resulta conocido, el supuesto de mayor tensión entre el TC y el TS, en concreto con la Sala Primera, tuviera lugar a partir de una inadmisión de un recurso de amparo que el TS entendió carente de argumentación alguna[[41]](#footnote-41), y que gran parte de la “normalización” de las relaciones entre ambos tribunales haya pasado por el retraimiento del TC a la hora de controlar los criterios de admisión que emplea el TS en casación, a través de su doctrina sobre el derecho al recurso, *infra[[42]](#footnote-42)*. Lo que, consiguientemente, permite al Alto Tribunal ejercer un control de admisión mucho más intenso (cuestión que precisamente se analizaba en sendos AATC, 40 y 41/2018, respecto de las Salas Segunda y Tercera respectivamente) y respecto al cual el TC permanece ajeno casi por completo: solo controla que el criterio empleado no resulte ilógico.

El panorama sufre una importante alteración desde que en 2000 la LEC estipulara la exigencia del interés casacional para poder interponer el recurso de casación. De esta manera el legislador circunscribía el ámbito de dicho recurso a dos grandes bloques: por un lado un ámbito objetivo (derechos fundamentales y supuestos que exceden de una determinada cantidad), mientras que por otro existe una parcela subjetiva, el interés casacional[[43]](#footnote-43), en el sentido de que el recurrente soporta la carga de demostrar que el asunto que somete tiene trascendencia a efectos de crear o fijar doctrina jurisprudencial. Pues bien, la exigencia del interés casacional comporta también una indudable concreción del motivo de inadmisión consistente en la falta de fundamento del recurso, puesto que se puede constatar *ab initio* si se trata de uno de los supuestos que el legislador y/o la jurisprudencia han previsto como tales. Así este criterio, subjetivo en el sentido apuntado, objetiva la carencia de sostenibilidad de la pretensión que se hace valer, de manera que el TS puede utilizarlo sin temor a la hora de inadmitir el recurso extraordinario. Puede decirse, pues, que el interés casacional revitaliza a la ausencia de fundamento como motivo de inadmisión. Pero a la par, también supone un análisis mucho más intenso sobre el fondo que el que comporta “la carencia manifiesta de fundamento”. Como ya se ha hecho notar, el empleo del adverbio “manifiesta” implica que la falta de viabilidad de la pretensión debe ser notoria, apreciable *prima visu*, sin necesidad de adentrarse en profundas consideraciones. Por el contrario, constatar si en un supuesto concreto se ha abandonado la doctrina jurisprudencia del TS o bien existe contradicción entre las AAPP, así como si respecto de una materia no existe un posicionamiento del Alto Tribunal, supone, sobre todo en el primer caso, un análisis en profundidad del asunto. Hasta el punto de que puede decirse que se está anticipando la desestimación sobre el fondo al momento de la inadmisión del recurso.

Pues bien, este es el rasgo decisivo que se ha incorporado a nuestra casación como seña de identidad y que, tras reforzarse desde la implantación del interés casacional, ha sido avalado por el TC (lo que, por cierto, también le legitima para proceder de idéntica manera en el caso del amparo y la trascendencia constitucional, art. 50 LOTC, LO 6/2007, y STC 155/2009): la posibilidad de rechazar *in limine* el recurso de casación mediante un enjuiciamiento anticipado del fondo, en los casos expresamente previstos por el legislador.

Precisamente la onda expansiva del interés casacional ha alcanzado a la casación penal en 2015 a través de la reforma que nos ocupa. El problema es que solo se exige expresamente en el caso de la nueva modalidad que se implanta, art. 889.II LECrim, la destinada exclusivamente a crear o unificar doctrina jurisprudencial “sustantiva” en el ámbito de los delitos de menor gravedad. Resulta, pues, natural que la Sala Segunda al enfrentarse al problema de la inusitada extensión de la presunción de inocencia en la modalidad clásica o tradicional de la casación, echara de menos una herramienta tan poderosa para economizar esfuerzos. No puede, consiguientemente, sorprender que, a través de una generalizada sugerencia para que el recurrente en todos los supuestos alegue la existencia del interés casacional, haya decidido utilizar el art. 885 LECrim para inadmitir, mediante auto, los recursos de casación en los que se alega la lesión de la presunción de inocencia a través de un examen anticipado sobre el fondo de esta. La legitimidad de esta opción, así como su posible extensión a los restantes quebrantamientos de forma/derechos fundamentales procesales, será objeto de nuestra atención.

No pueda sorprender que la tradición continúe con el pre legislador y el trámite de admisión resulte ser una pieza trascendental en el ALECRIM, apartado LXXXII de la Expos. de motiv. y arts. 752 a 754 que limita la casación, *infra,* al interés casacional (como el ALPEM en lo civil, salvo un supuesto).

# El impacto de la CE en el diseño de la casación

## La alteración del modelo casacional con el advenimiento de la CE de 1978: el carácter decisivo de los derechos fundamentales, en especial los procesales

La entrada en escena del plano de constitucionalidad y la consiguiente alteración del sistema de fuentes comportó cambios esenciales en nuestra casación, especialmente la penal. Una preeminencia proclamada, en lo que atañe al poder judicial, en el art. 5.1 LOPJ, que en su apartado 4 estipula expresamente la posibilidad de fundar la casación en la infracción de un precepto de esa naturaleza. Con independencia de lo que se explicará respecto a lo que supone la infracción de un precepto constitucional respecto a la clasificación que distingue entre infracciones de precepto sustantivo y quebrantamientos de forma, hay que reseñar que el epicentro de la mutación del alcance de nuestra casación, aunque no con carácter excluyente, se encuentra en los derechos fundamentales, especialmente los procesales, art. 24 CE. Dada las dos vertientes de la naturaleza de estos, por un lado en cuanto que auténticos derechos subjetivos públicos de los justiciables que se ostentan frente al Estado, en especial del acusado en el proceso penal, y por otra parte, en cuanto que garantías objetivas o reglas esenciales para impartir la justicia en un Estado de derecho, la modificaciones decisivas que supusieron para nuestra casación penal se pueden subdividir, a efectos propedéuticos, en dos planos. Una óptica dual que, en realidad, consiste en la doble perspectiva desde las que se contempla el factor decisivo: el nuevo papel del TS en el ordenamiento jurídico resultante del sistema de fuentes que impone la CE.

### En el plano orgánico

a) Efectivamente, lo trascendental es que se ve alterada decisivamente a la posición del TS respecto del ordenamiento jurídico. Y es que ya, respecto de este, no es el último tribunal, que fue la premisa bajo la que se instituyó la casación a finales del S. XVIII y que se mantuvo incólume hasta el último tercio del S. XX. A partir de 1978:

- El TS pasa a ser el último tribunal exclusivamente en el plano de legalidad, art. 123 CE. Y aun en este con reparos:

* + El TC puede, principalmente a través de la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, revisar la lógica o racionalidad manifiesta de la interpretación que hace el TS en aquel plano. Es el más conflictivo punto de encuentro entre ambas jurisdicciones[[44]](#footnote-44).
  + Además, aunque ello no es una consecuencia del juego de los derechos fundamentales procesales, hay que tener presente que en la medida en que se haga efectivo el desarrollo del espacio libertad, seguridad y justicia, Tit. V, Tercera Parte TFUE, dentro del derecho comunitario derivado, y ello implique legislar en materia penal, art. 83.1 y 2 dentro del Cap. 4, Coop. Judicial en materia penal, del citado Tit. del TFUE, (como se ha podido comprobar, por ejemplo, con el decomiso, Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, tanto a efectos sustantivos como procesales, aunque sea para, intentar, negar su naturaleza penal), el Tribunal de Justicia de la UE tendrá la última palabra acerca de la legislación española que desarrolle las disposiciones europeas en ese ámbito.

\* Y en lo que atañe al plano de constitucionalidad, la posibilidad de que el TC conozca de un asunto una vez que el TS lo haya hecho, resulta aún resulta más evidente, a tenor de cómo se ha diseñado nuestro recurso de amparo, cuando se trata de la tutela de los derechos fundamentales procesales, así como los sustantivos aunque estos juegan en mucha menor medida en el caso del proceso penal, (acerca de la “procesalización” de la tutela de los derechos fundamentales sustantivos involucrados en la fase de investigación del proceso penal, *infra*), arts. 53.2, 161.1.b) CE y 44 LOTC. Una realidad que persiste a pesar de que la LO 6/2007 haya reducido el ámbito del amparo.

\* Pero es que la propia posición tanto del TS como la del TC también se ha visto modificada, a través de la misma CE, arts. 96 CE, en lo que atañe a los derechos fundamentales, en especial los procesales, arts. 47 y 48 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, 2012/C 326/02, art. 6.1 TUE, por la concurrencia de diversas jurisdicciones internacionales que se superponen a las nacionales:

* + La aplicación del principio de la primacía del Derecho de la UE al supuesto específico de la Carta, comporta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto al contenido de estos prevalezca sobre la de los Tribunales Constitucionales, como se ha podido constatar por ejemplo en el caso Melloni[[45]](#footnote-45), al fijar lo que supone el “Nivel de protección”, art 53 de la Carta, respecto de los derechos reconocidos en las Constituciones nacionales.
  + Resulta innegable la trascendencia, aunque con un valor jurídico diferente, art. 5 bis LOPJ, especialmente en lo penal, de la jurisprudencia del TEDH cuando fija el alcance de los derechos contenidos en el CEDH de Roma de 1950. De hecho, como se va a comprobar, la jurisprudencia de este tribunal (acerca de la posibilidad de condenar *ex novo* o agravar la responsabilidad en los medios de impugnación mediante una alteración de la *quaestio facti*) tanto en la apelación para la acusación como en el tratamiento del error de hecho en la casación.

b) La posición del TS también se ha visto trastocada, ya que, a tenor del bloque de constitucionalidad, Tit. VIII CE y la normativa que lo desarrolla, art. 28.1 LOTC, existe la producción normativa de las CC.AA. respecto de materias que nunca trascenderán del ámbito de las mismas, por lo que carece de sentido encomendar al Alto Tribunal su nomofilaxis. Son las casaciones forales o autonómicas existentes en el ámbito civil y c-a.

c) También ha tenido trascendencia a efectos de la casación, aunque con mucha menor importancia que la aspectos reseñados, el cumplimiento de la previsión constitucional de desarrollo legal, que prevé la posibilidad de la implantación del jurado para ciertos delitos, arts. 125 CE, 19.2 LOPJ y LOTJ 5/95, porque ello ha implicado:

Por primera vez en nuestro país existe en el orden penal, desde la implantación de la casación, un recurso extraordinario frente a sentencias diferente a la casación. En el se estipula un tratamiento de los vicios *in iudicando* de naturaleza procesal, incluido el error de hecho en la valoración de la prueba, diferente al que existe en casación, salvo en el caso de la presunción de inocencia, art. 846 bis f) LECrim, hasta que la jurisprudencia del TEDH ha obligado a modificar el tratamiento del error de hecho en casación, art. 849.2 LECrim.

Además, al no tratarse de un recurso alternativo a la casación, provocó que, por primera vez, en nuestro país existiera una apelación “extraordinaria” previa a la casación. Un fenómeno que, como se comprobará, la jurisprudencia del TS ha intentado presentar como pretexto desde 2017 a la hora de configurar el nuevo diseño de la casación ordinaria tras la reforma de 2015, y tratar de justificar un menor alcance de la revisión de los derechos fundamentales procesales en esa sede, en especial la presunción de inocencia.

### Desde el punto de vista subjetivo (los derechos fundamentales)

Pero es en el ámbito subjetivo, los derechos fundamentales como auténticos derechos subjetivos públicos, donde la influencia en la casación, especialmente en la penal, resulta especialmente decisiva. Dentro de ellos, los derechos de naturaleza procesal vuelven a resultar trascendentales, así el art. 24 CE conlleva:

\* De entrada, la superposición casi completa entre el plano de legalidad y el de constitucionalidad en lo que atañe a los quebrantamientos de forma. Resulta muy difícil que una de esas infracciones del plano de legalidad tenga trascendencia en el resultado del proceso y no se eleve al de constitucionalidad (sobre todo con la hiperinflación del “principio acusatorio” y tras su incrustación en el art. 24 CE). Sin embargo, como se va a comprobar inmediatamente, el contenido de los derechos fundamentales procesales viene también determinado por la posibilidad de revisión del TC: no pueden integrarse en el art. 24 CE aquellos errores o vicios no susceptibles de contraste por la jurisdicción constitucional (el error en la valoración de la prueba, *in genere*, o la arbitrariedad que no sea patente en la fundamentación del fallo). De esta suerte, existen algunos quebrantamientos de forma con trascendencia que no se elevan al plano de constitucionalidad. Las restantes, la inmensa mayoría, de las infracciones procesales que provocan indefensión (ya sean *in iudicando* o *in procedendo*), se aducirán a través del art. 24 CE. Y ello supone a efectos de la casación:

* Que, a tenor de lo expuesto, en lo atinente a los quebrantamientos de forma, el TS se encuentra en una posición de subordinación respecto al TC (y las Cortes internacionales). El TS ya no es el último tribunal cuando se trata de la inmensa mayoría de las infracciones procesales.
* Sin embargo, a través del art. 24 CE, y en el ámbito de la casación penal, el TS logra salvar, a través del art. 852 LECrim, la exigencia de que todos los quebrantamientos de forma provoquen el reenvío, art. 901 bis a) LECrim, de manera que, cuando se trata de un vicio *in iudicando*, y es posible, pronuncia un nuevo fallo.

#### La consolidación y ampliación de la revisión de la quaestio facti: la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia

Además, y ello es incluso más decisivo, el art. 24 CE, opera directamente sobre el ámbito de revisión en la casación de la quaestio facti, consagrándolo y ampliándolo[[46]](#footnote-46):

##### La tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE

Este derecho fundamental, a través de la proscripción de los pronunciamientos ilógicos o arbitrarios (que no es sino la concreción en el plano subjetivo y en el ámbito del poder judicial, de la interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE), conlleva el deber de fundamentación y la prohibición de la irracionalidad de los fallos, tanto en lo atinente a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti*.[[47]](#footnote-47) Ahora bien, el primer aspecto no supone una auténtica novedad (al margen de su elevación al plano de constitucionalidad) en el recurso extraordinario, dentro de lo que suele conocer como error de derecho, aunque ello, *infra,* se hiciera históricamente presentando como una infracción de ley lo que no es sino un quebrantamiento de forma *in iudicando*. Mientras que, por el contrario, la revisión de la *quaestio facti* ha sido tradicionalmente un ámbito mucho más refractario y limitado, excepcional, en la casación: el axioma de la intangibilidad del relato fáctico solo admitía como excepción el error de hecho.

De ahí la trascendencia del art. 24.1 CE[[48]](#footnote-48) a estos efectos, conllevando:

1) Que el error de hecho en la valoración de la prueba ya no resulte una concesión del legislador en el ejercicio de su albedrío. A partir de 1978, nuestra casación ya incorpora este quebrantamiento de forma *in iudicando* de forma natural y necesaria. Algo que, como se detallará, el legislador no entendió en 1992 al reformar la casación civil, y que incluso en el ámbito penal resultaba confuso hasta hace relativamente poco: en 2008 un Acuerdo del Pleno explicitaba que cabía utilizar el art. 849.2 LECrim cuando se trataba de las sentencias del tribunal del jurado[[49]](#footnote-49). Como se ha señalado, el impacto de la jurisprudencia del TEDH, ha obligado a mudar, desde hace apenas una década el tratamiento procesal, de este motivo cuando lo alega la acusación.

2) Además, la revisión de la *quaestio facti* se amplía al impedirse una fundamentación ilógica o irracional de la misma, lo que, además de controlar la lógica interna del fallo[[50]](#footnote-50), se traduce necesariamente en la obligación de controlar las presunciones judiciales y las inferencias que lleva a cabo el tribunal al valorar la prueba, para comprobar la calidad de las generalizaciones o máximas de experiencia que ha utilizado al fijar los hechos probados[[51]](#footnote-51).

##### La presunción de inocencia

Pero es en el ámbito de la casación penal donde el desbordamiento de la revisión de la *quaestio facti* alcanza su culmen a través del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE: el condenado tiene derecho a que se constate si ha existido suficiente actividad probatoria de cargo, lícita y practicada con todas las garantías, que, mediante una ponderación lógica y racional, ha conseguido destruir su presunción de inocencia. Este reexamen “externo” de la actividad probatoria nunca había existido en nuestra casación, ni en cantidad ni en calidad. De hecho solo acontece en la casación penal y únicamente para el acusado[[52]](#footnote-52).

##### El diferente contenido de la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva de la acusación. La inexistencia de una presunción de inocencia invertida

Ahora bien, la amplitud del contenido del derecho a la presunción de inocencia en lo atinente a la conformación de la *quaestio facti*  solo se puede calibrar con exactitud cuando se contrasta directamente con el de la tutela judicial efectiva que ostenta la acusación (o las partes en cualquier orden jurisdiccional), y se comprueba qué se puede alegar al amparo de cada una, así como cuál es el tratamiento procesal que se brinda en casa caso. De esta manera se hace patente que la presunción de inocencia supone por un lado, una revisión más amplia e intensa de la formación de la *quaestio facti[[53]](#footnote-53)* y por otro, la habilitación al tribunal *ad quem* para pronunciar, en la mayoría de las ocasiones, un fallo sobre el fondo ante este vicio *in iudicando*. Este desequilibrio entre el contenido de la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva ha llevado al TS a proclamar que la acusación no ostenta una suerte de “presunción de inocencia invertida” que le consienta un tratamiento procesal semejante[[54]](#footnote-54).

Así, y a efectos de la comparación anunciada, presunción de inocencia vs tutela judicial efectiva, dentro de los quebrantamientos de forma *in iudicando* cabe distinguir:

1. El reexamen del material objetivo utilizado para la construcción del relato fáctico

La presunción de inocencia habilita al acusado a solicitar que se lleve a cabo respecto de los medios de prueba, el control externo de los mismos, con toda la extensión a la que ya se ha hecho referencia. Por el contrario, como también se ha indicado, la tutela judicial efectiva de la acusación solo consiente la alegación del error de hecho o notorio. Además el acusado tiene derecho, al igual que la defensa, a que se reexamine la corrección del razonamiento en virtud del cual el tribunal ha excluido de la valoración determinados medios de prueba por reputarlos ilícitos.

Asimismo, como se explicará, de estimarse el motivo, art. 24.2 CE, el acusado tiene derecho a que se dicte un fallo absolutorio, mientras que la acusación, art. 24.1 CE, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, solo puede provocar la nulidad y retroacción.

1. Respecto de la fundamentación utilizada por el tribunal, la vertiente subjetiva, para construir el relato fáctico cabe distinguir dos aspectos:

* De una parte la existencia misma de la fundamentación. En lo que atañe al acusado, la presunción de inocencia, en su sentido estricto como regla de la carga de la prueba, evidentemente exige dicho requisito para destruirla. Y ello sin olvidar que el acusado también ostenta el derecho a que se fundamente el rechazo a la construcción del relato fáctico que propone para destruir la pretensión punitiva: la existencia de eximentes, atenuantes, causas de justificación o simplemente la concurrencia de coartadas… Aunque en este caso, en puridad, estaríamos en presencia de su derecho a la tutela judicial efectiva. Evidentemente, las partes acusadoras ostentan también este mismo derecho respecto a los hechos alegados atinentes a la pretensión punitiva que han hecho valer. De esta manera, en lo que atañe a la exigencia estricta de la existencia de la fundamentación, no hay diferencia alguna entre la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, la distinción tiene lugar en el tratamiento procesal de cada una de ellas. Como se verá, la ausencia de fundamentación comporta como regla general la anulación del fallo y la retroacción. Sin embargo, y así se constatará, la presunción de inocencia en cuanto que regla de la carga de la prueba, ofrece, habitualmente una solución distinta: si no se fundamenta la declaración de culpabilidad, lo procedente es dictar un fallo absolutorio, ya que no se ha logrado levantar la carga señalada. Sin embargo, el TS ha matizado, *infra,* esta solución en aquellas hipótesis en las que se constate que la ausencia de fundamentación obedece a una cierta dejación del órgano *a quo*, quien no se ha esforzado por argumentar sus inferencias a pesar de la posible existencia de material incriminatorio. En este último supuesto se aplica la regla general enunciada y se procede a la retroacción.

* De otra parte, existiendo la fundamentación de la *quaestio facti*, se examina el carácter lógico y racional de las inferencias llevadas a cabo por el tribunal para elaborarla. Y, en principio, el juicio acerca de las mismas debería ser equivalente para las dos partes, por cuanto parecería, desde el punto de vista de la lógica y del control de la arbitrariedad, que el grado de prevalencia de las hipótesis elegidas por el tribunal frente a las alternativas, debería ser idéntico en ambos casos, para convalidar las deducciones que se han construido.

Sin embargo, a tenor del propio contenido de la presunción de inocencia como regla de la carga de la prueba, se exige que, para desvirtuarla, el relato fáctico asumido por el tribunal excluya (o presente el suficiente grado de prevalencia) las alternativas plausibles que se opondrían a la inferencia de culpabilidad[[55]](#footnote-55). En este aspecto se concretaría *de facto* la exigencia de que la culpabilidad resulte asumida por el tribunal *beyond any reasonable doubt* dentro de los límites del recurso*[[56]](#footnote-56).* Por el contrario, cuando se ha dictado un fallo absolutorio, para acordar su revocación en razón de su fundamentación ilógica, la tutela judicial efectiva de la acusación, se requiere constatar una evidente o patente irracionalidad de la fundamentación de la *quaestio facti[[57]](#footnote-57)*. Que la tutela judicial efectiva exija la arbitrariedad radical, se debe a que de otra manera el TC estaría habilitado a invadir el ámbito de la jurisdicción ordinaria mediante un examen más riguroso de la lógica interna del fallo. Por eso el TS está también limitado en sede casacional por el contenido de ese derecho fundamental. De esta suerte, solo se anulan los fallos absolutorios cuando existe una arbitrariedad radical o manifiesta.

Consiguientemente, el análisis de la lógica y racionalidad del fallo (en la elaboración de la *quaestio facti*) que implica la presunción de inocencia es mucho más intenso que el que comporta la tutela judicial efectiva para la acusación o cualquier parte en otro orden jurisdiccional.

A tenor de lo expuesto, y a efectos del binomio, recurso ordinario/extraordinario, cabría distinguir: a) en lo que atañe a los recursos extraordinarios y dado que, actualmente, su esencia estriba en llevar a cabo una limitada revisión de la *quaestio facti*, parece lógico inferir que, salvo que el legislador dispusiese expresamente lo contrario, o así resultase del contenido de un derecho fundamental específico como la presunción de inocencia, solo se habilita el control más radical de la arbitrariedad, la tutela judicial efectiva; b) en lo que respecta a los recursos ordinarios en los que cabe una plena revisión de la formación de la *quaestio facti* a través del error en la valoración de la prueba (con la restricción en lo penal de la prueba personal), no es posible que rece la limitación de la arbitrariedad patente. Este doble tratamiento en los recursos de la arbitrariedad comportaría la existencia de una arbitrariedad o irracionalidad “ordinaria” y otra “extraordinaria” o constitucional. Lo cual, de entrada, además de sorprender desde el plano lógico, también supondría una de las extrañísimas hipótesis en las que un quebrantamiento de forma con trascendencia (la arbitrariedad ordinaria) no se eleva al plano de constitucionalidad, art. 24.1 CE. Así, la posición del TC respecto a la jurisdicción ordinaria, delimita necesariamente el contenido de los derechos fundamentales procesales. De esta suerte, la arbitrariedad en la fundamentación de la *quaestio facti* en el ámbito jurídico resulta diseccionada: 1) arbitrariedad común (o lógica), controlable en los recursos ordinarios; 2) arbitrariedad patente (tutela judicial efectiva), revisable en los recursos extraordinarios y amparo; 3) arbitrariedad común o lógica de la presunción de inocencia, tutelable en los recursos extraordinarios y en el amparo.

Conviene recordar que frente a esta disección del control de la arbitrariedad en diferentes grados cuando se trata del relato fáctico, en lo atinente a la revisión de la arbitrariedad de la *quaestio iuris,* acontece la unidad en el ámbito de la jurisdicción ordinaria: por la propia naturaleza y esencia de los recursos existe un pleno control de la racionalidad de la misma, sin que haya distinciones entre los recursos ordinarios y extraordinarios. Ahora bien, en el caso del amparo y por las razones apuntadas, se exige la existencia de una arbitrariedad manifiesta para que entre en liza la tutela judicial efectiva.

En cuanto al tratamiento procesal, una vez más, y en este caso, sin matices, la lesión de la presunción de inocencia provocaría un fallo absolutorio, mientras que el quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, comporta la anulación y la retroacción. Consiguientemente, bien mirado, la fuerza expansiva de la presunción de inocencia llega hasta el punto de absorber parte del contenido del art. 24.1 CE, de la tutela judicial efectiva, en lo que se refiere a la exigencia de la fundamentación lógica del fallo, provocando un tratamiento procesal diferente (con la excepción apuntada) de la misma. Además, este solapamiento no solo atañe a la *quaestio facti* sino también al ámbito jurídico del razonamiento del tribunal.

# CAPÍTULO II. LA CASACIÓN PENAL A PARTIR DE 2015

# Clases de casación penal frente a sentencias hasta 2015

Cuando en 2015 nuestro legislador acomete la reforma de la casación, existían las siguientes modalidades de la misma cuando se trataba de sentencias:

1. La ordinaria

Prevista para los delitos de los que conocían las Audiencias en primera y única instancia. Se trataba de los delitos de más de cinco años de prisión o de diez de otro tipo de pena. Era el único recurso frente a esas sentencias.

1. Una submodalidad de la ordinaria: el jurado

La que existía frente a las sentencias dictadas por el magistrado presidente del tribunal del jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial. Su peculiaridad estriba en:

* Aunque en lo atinente al contenido (es decir los motivos por los que cabe interponerla) coincide con la ordinaria, hay que matizar algunos motivos que resultan específicos en el caso del jurado y que son, fundamentalmente, ciertos quebrantamientos de forma *in iudicando*.
* Está precedida por la “apelación extraordinaria” ante los TTSSJJ. De esta manera, ya la casación no es el único recurso que existe frente a la sentencia de primera instancia. Lo que se impugna en casación, consiguientemente, no es esta, sino la resultante de la “apelación extraordinaria”. Una circunstancia que ha permitido al TS argumentar desde 2017, que ello consiente que la casación pueda tener un contenido más restringido (sobre todo en atención al derecho al condenado a un recurso, art. 14.5 PIDCP). En especial, sostiene la Sala Segunda, la presunción de inocencia en casación pasa tener un ámbito más estricto. Resultará, pues, trascendental, comprobar si la jurisprudencia del TS avala históricamente semejante afirmación.

1. La casación para unificación de doctrina

Se regula, extramuros, en dos supuestos[[58]](#footnote-58): en el caso de menores, art. 42 LOPJ[[59]](#footnote-59), y en materia de régimen penitenciario, disp. Adic. Quinta. 8 LOPJ[[60]](#footnote-60). Es la modalidad de la casación más restrictiva hasta 2015: a) se trata únicamente de infracción de ley sustantiva; b) exige que exista contradicción entre las resoluciones (sentencias en el caso de menores y autos cuando es el régimen penitenciario); c) la posibilidad de revocación solo afecta a la resolución recurrida y no a las que han servido de contraste, aunque en el caso de menores existe la restricción a aquella que resulta favorable[[61]](#footnote-61).

En cualquier caso, la redacción de ambas casaciones es tan exigua, sobre todo la relativa al régimen penitenciario, que ha obligado a un esfuerzo exegético del TS.

-Casación para unificación de doctrina del art. 42 LORPM

Prevista para las sentencias dictadas por las Audiencias en apelación, solo procede si las medidas impuestas son las más graves, por tratarse de hechos de tal naturaleza o de extrema gravedad, art. 10 LORPM; b) han de existir sentencias contradictorias (las Audiencias entre sí o con el TS); c) del propio tenor del precepto, “respecto de hechos y circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”, art. 42.2 LORPM, se entiende que únicamente procede por infracción de la ley (sustantiva)[[62]](#footnote-62), d) ausencia de eficacia suspensiva (la jurisprudencia entiende así que las sentencias recurridas alcanzan firmeza desde el momento de su pronunciamiento[[63]](#footnote-63)). Además, al remitirse a la LECrim, a la regulación de la casación, incluso para su “resolución”, art. 42.5 LORPM, se ha entendido que el TS si estima el recurso, casa la sentencia y procede a dictar un nuevo fallo.

-Casación para unificación de doctrina en materia de régimen penitenciario

En este caso no se trata de sentencias sino de autos, de las Audiencias (que resuelven apelaciones relativas al régimen penitenciario), que no son susceptibles de casación ordinaria[[64]](#footnote-64); y dada la parca redacción del precepto ha sido objeto de interpretación por un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 22 de julio de 2004, y la jurisprudencia[[65]](#footnote-65); ha de tratarse, a partir de la identidad de hecho, de una contradicción en la interpretación de una misma norma (sustantiva) que ha sido decisiva en su aplicación[[66]](#footnote-66), sin que quepa la revisión fáctica que sirvió de sustrato.

# LA NUEVA CASACIÓN PENAL DESDE 2015 SEGÚN EL LEGISLADOR

Quizás pueda sorprender inicialmente que centremos el análisis de la reforma operada por la L 41/2015 en el recurso de casación en lo que manifiesta el autor de dicha norma en el Preámbulo, en lugar del texto positivo. Ahora bien, ha de tenerse presente que la importante reforma resulta especialmente parca en lo que se refiere a los artículos modificados: únicamente se ha mudado, y muy escasamente, el texto de los arts. 847 (sentencias recurribles), 848 (autos recurribles) y 889.II (inadmisión del recurso por falta de interés casacional en la nueva modalidad que se instaura). Por eso, para calibrar el alcance de la reforma pretendida por el legislador resulta capital reparar en cuáles fueron las intenciones del mismo y luego constatar cuál ha sido la exégesis que ha llevado a cabo el TS.

Ahora bien, que se trate de una labor necesaria no impide negar los obstáculos, generales y particulares de la misma. Así, en primer lugar, somos conscientes que presentar “objetivamente” las intenciones del legislador es algo de por sí imposible, puesto que, salvo que hubiésemos sido el autor de la norma, es una operación que comporta nuestra propia perspectiva subjetiva. A mayor abundamiento, la óptica personal de cualquier intérprete está a su vez influida por el conocimiento de la jurisprudencia que se genera respecto de los preceptos reformados. Resulta imposible, pues, negar que nos encontramos ante la misma situación que el director de cine que le preguntaba al escritor, candidato a premio Nobel, cuando llevaba su obra a la gran pantalla, si no estaba seguro que el protagonista tenía cierta orientación sexual. Además, existe otro factor que complica aún más la tarea, como repite el célebre procesalista una y otra vez para explicar las disonancias entre la Exposición de motivos de la LECrim y el texto aprobado entonces, una cosa es lo que el legislador dice y otra lo que hace[[67]](#footnote-67). Afirmación que en el caso de la reforma que nos ocupa, se podría precisar más: una cosa es lo que el legislador cree que hace y otra lo que realmente lleva a cabo. Y es que, en segundo lugar, y en el caso concreto de la reforma de la casación de 2015, basta comprobar la diferencia entre el número de caracteres que emplea el autor de la reforma en el Preámbulo para referirse a la casación y los que utiliza finalmente en el texto para, como se ha hecho notar, contrastar la desmesurada desproporción que hay entre ellos. Estamos ante una escuetísima reforma del texto positivo que, además, como se va a comprobar, adolece de una evidente falta de sistemática y de precisión respecto de algunas cuestiones esenciales. Ciertamente, la parquedad de medios empleados en la reforma del texto positivo no tiene por qué ser necesariamente un elemento negativo, ahora bien, resulta ya más discutible si lo que se pretende es llevar a cabo una mutación en profundidad del recurso extraordinario por excelencia: porque suscita necesariamente inseguridad jurídica y deja en manos del intérprete de la norma cuestiones esenciales que no se han perfilado suficientemente. La imprecisión de esta técnica legislativa provoca una mutación de los roles diseñados por el principio de división de poderes, obligando a la jurisprudencia a suplir la labor de aquel. Por eso, la necesaria autocontención y prudencia del Alto Tribunal, a la que nos referimos *infra,* en estos supuestos resulta aún más esencial. Y, por esas mismas circunstancias, también empleamos idéntica restricción en la tarea de desentrañar lo que, en nuestra opinión, supone la intención del legislador cuando se conjuga su voluntad en el Preámbulo con el texto reformado. En concreto, existe un elemento crucial en la reforma: el interés casacional que en el texto solo aparece, *infra,* desubicado y formulado de manera negativa (ausencia del mismo) en la nueva modalidad casacional, cuyo alcance efectivo puede suscitar una duda esencial: ¿solo se exige en esta, o el legislador pretendía implantarlo también en la versión ordinaria de la casación? Una duda que en el Preámbulo no se llega a despejar en ningún momento. Pues bien, ya anticipamos, aunque luego se precise, que a tenor de las coordenadas con las que se cuenta, hemos optado por la perspectiva restrictiva en la intelección del mismo[[68]](#footnote-68).

Nos centramos, a tenor del contenido del presente trabajo, en la casación frente a sentencias.

## La síntesis de la reforma según el legislador: la ampliación de la casación con una serie de contrapesos para lograr la uniformidad de la doctrina penal

El legislador, L 41/2015, enumeró hasta cinco cuestiones de índole procesal cuya reforma resultaba imprescindible abordar, sin que se pudiera esperar hasta la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal o Código Procesal Penal, y que no estaban reservadas a ley orgánica. La cuarta era “la ampliación del recurso de casación”, apartado I Preámbulo[[69]](#footnote-69).

Según el autor de la Ley, apartado IV del Preámbulo, la falta de la segunda instancia, por mor del art. 14.5 PIDCP, desnaturalizaba la función del TS como “máximo intérprete de la ley penal”, abocándolo a realizar una exégesis flexible de los motivos de la casación[[70]](#footnote-70).

Por eso en el apartado V del Preámbulo se dedica a explicar cómo va a abordar la reforma del recurso extraordinario. De entrada, anuncia que se requiere reformar la casación para que cumpla la función de unificar la doctrina penal por cuanto un número importante de delitos no tenían acceso al TS, en especial después de la reforma del Cp de ese mismo año, LO 1/2015[[71]](#footnote-71). Ahora bien, esta ampliación de la casación se va a ver compensada con una serie de medidas que vamos a pormenorizar. El resultado de todo ello sería que “De esa forma, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales”, apartado V *in fine* del Preámbulo.

Se aprecia ya el diagnóstico y la finalidad principal de la reforma: el TS no cumplía adecuadamente la función de unificar la doctrina penal, por lo que se precisaba reformar la casación. De las diferentes finalidades que cumple la casación, *infra,* el legislador se centra así en, dentro de la tutela del *ius constitutionis*, la unificación y creación de la doctrina jurisprudencial. Ciertamente ello no supone *a priori* desdeñar o subordinar las otras finalidades por cuanto podía suceder que fuera la única deficiencia detectada y que las otras misiones de la casación estuvieran suficientemente cubiertas. Ahora bien, debe recordarse que, como se ha señalado, justo antes, el propio legislador se lamentaba de que el TS, en atención a la configuración del sistema de recursos, hubiese visto desnaturalizada su misión de máximo intérprete de la ley penal. De esta manera, aunque sea de forma inconsciente, el legislador señala, como hicieran muchos comentaristas desde que se implantara la casación, *infra,* que la tutela de la ley sustantiva y, dentro de ella, la uniformidad y existencia de doctrina jurisprudencial, son las finalidades esenciales de la casación. Una impresión que se va a reforzar cuando se constate inmediatamente que el legislador presenta, incurriendo en errores técnicos nada desdeñables, la reforma como un todo, sin diferenciar convenientemente, en ocasiones, entre la nueva modalidad de casación que crea y la casación ordinaria resultante, que ostentarían un rasgo común transversal: la nueva modalidad se centra exclusivamente en la infracción de ley (derecho sustantivo) y la segunda debe recuperar su esencia y gravitar en torno a esta. Se pretende, así, plantar los cimientos de un cambio de paradigma de la casación: de una casación eminentemente (en atención al número de recursos y los motivos que se plantean) procesal hacia un último recurso extraordinario fundamentalmente sustantivo. Habrá que comprobar, al examinar la jurisprudencia, si ello ha fructificado.

## Pormenorización de la reforma

A tenor del Preámbulo de la L 41/2015, operaron sobre el recurso extraordinario dos fuerzas de signo contrario: una expansiva y otra restrictiva.

### 1. La nueva modalidad de casación para delitos menos graves

#### La fuerza expansiva

Como se ha hecho notar, la fuerza expansiva es la que se presenta como la más intensa, como el *leit motif* de la reforma que se opera en la LECrim. A través de ella emplea el legislador su potestad para dar a luz una nueva modalidad de casación, que se podría denominar, aunque no sea muy preciso, casación para unificación y creación de doctrina[[72]](#footnote-72) o como hace la Sala Primera, casación para “fijación de doctrina”[[73]](#footnote-73), parecida, aunque más amplia, a la tercera modalidad de la casación que ya existía, *supra,* en materia de menores y régimen penitenciario. Ahora, en 2015, se trata de ampliar la casación a los delitos de menor entidad, que hasta entonces resultaban excluidos del conocimiento del TS: sin duda aquellos de los que han conocido los Juzgados de lo Penal y que son apelados ante las Audiencias (incluyendo la AN). Ahora bien, asimismo habría que entender incluidos los delitos leves, también resultantes de la reforma del Cp, y que son juzgados en primera instancia por los Juzgados de Instrucción o los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: ni el Preámbulo ni, lo que es decisivo, la reforma operada en las resoluciones recurribles, los excluye en modo alguno. Si no fuera así no se cumpliría el deseo del legislador, *supra*, de que exista doctrina legal en todo el ámbito sustantivo. Sin embargo, como se constatará, *infra*, no ha sido esa la interpretación del TS.

De esta manera, se corregiría la tendencia, ya explicada, iniciada en 1949 que excluyó de la casación los juicios de faltas y que se completó en diciembre de 1988, al impedir también el acceso a la misma de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal. Consiguientemente, como señala el legislador en el Preámbulo, hasta 2015, un gran número de delitos no accedían al TS por lo que, en estos casos, la interpretación unificadora la llevaban a cabo las AAPP, pero con ello se carecía de la necesaria homogeneidad que garantiza la existencia de un único y último tribunal, resultando debilitada la seguridad jurídica, art. 9.3 CE y la igualdad en la aplicación de la ley, art. 14 CE. Una situación que se agravaba en 2015, por la profunda reforma operada en el Cp por la LO 1/2015.

#### Los contrapesos

Ahora bien, frente a esta ampliación de la casación, opera en sentido contrario la fuerza restrictiva consistente en tres contrapesos que equilibran a aquella y que se enumeran, aunque en orden distinto (los números 2 y 3 intercambian sus posiciones en el Preámbulo): 1) en la nueva modalidad de la casación frente a los delitos de menor entidad sólo podrá alegarse la infracción de ley sustantiva[[74]](#footnote-74); 2) en esos casos cabrá rechazar, por unanimidad, *a limine* el recurso si no existe interés casacional[[75]](#footnote-75) (concepto que se explicita en el sentido previsto en la LEC[[76]](#footnote-76)) mediante una providencia con motivación sucinta; 3) se impide el acceso a casación de las sentencias que en segunda instancia se limiten a declarar la nulidad de lo actuado en primera instancia (porque ello supondría simplemente dilatar el posible acceso a casación de una ulterior resolución que hubiera solventado las causas de nulidad)[[77]](#footnote-77).

Estas cuestiones decisivas se plasman en los arts. 847[[78]](#footnote-78) y 889[[79]](#footnote-79) LECrim.

El problema de este aspecto trascendental de la reforma es, una vez más, la falta de sistemática tanto en la explicación como en la regulación de la misma, lo que, como se va a comprobar, puede originar graves problemas interpretativos:

De entrada, el legislador es incapaz de explicitar lo que realmente acontece: al introducir la casación frente a los delitos de menor entidad en supuestos excepcionales (interés casacional) y solo por un motivo (infracción de ley –sustantiva-), está creando una nueva modalidad de recurso de casación frente a sentencias, que se suma a las que existían hasta entonces: la casación ordinaria (con la submodalidad de las sentencias dictadas en apelación en el caso del jurado), y la casación para unificación de doctrina, *supra.*

Se trata, en función de lo expuesto, de una modalidad del recurso extraordinario más extraordinaria (únicamente por infracción de ley y necesidad de interés casacional: contradicción jurisprudencial o inexistencia de doctrina jurisprudencial) que la que existía hasta entonces en la LECrim. De hecho, es como si el legislador, frente a lo que sucede con el TS, *infra*, no fuera consciente de esta cuestión decisiva. Como se ha hecho notar, esta nueva modalidad se asemeja bastante a la casación para unificación de doctrina prevista fuera de la LECrim tanto en el caso del proceso de menores como en la ejecución de penas, aunque existan, *infra,* indudables diferencias, dado que comparten dos presupuestos: únicamente proceden por infracción de ley sustantiva (*ex lege* o por interpretación jurisprudencial) y se exige la existencia de jurisprudencia contradictoria como manifestación de interés casacional.

#### Ausencia de sistemática al regular la nueva modalidad casacional

Para empeorar las cosas tampoco el autor de la ley es capaz de articular con coherencia los rasgos identitarios de la nueva modalidad de la casación que se acaban reseñar:

Primero en el plano explicativo, en lugar de definir coherentemente las características de la nueva modalidad de la casación (que, recordémoslo, no la ha presentado como tal), se dedica a enumerar los contrapesos frente a la “ampliación” de la casación y los entremezcla generando una tremenda confusión interpretativa. Efectivamente, mezcla la casación ordinaria con la nueva modalidad; así, frente lo expuesto *supra*, no se presentan ordenadamente los rasgos de esta última: un único motivo –infraccción de ley (precepto sustantivo)- y exigencia de interés casacional, sino que entre ambos se intercala otro “contrapeso” (la irrecurribilidad de las sentencias que en apelación declaran la nulidad de todo lo actuado), que solo afecta a la modalidad ordinaria de la casación, ya que al tratarse de sentencias de absolución en la instancia, que no entran en el fondo, resulta imposible *per se ipsas* recurrirlas en casación por infracción de ley sustantiva, que es el único motivo que cabe utilizar en la nueva modalidad de la casación. Y es que, efectivamente, como se constatará *infra*, la nulidad de una sentencia en apelación solo puede resultar de los quebrantamientos de forma: bien *in procedendo*, que será lo habitual porque, a pesar de que se hubiera celebrado el juicio y valorado la prueba, no puede subsanarse el defecto, bien *in iudicando,* más infrecuentes pero también posibles, como sucede con la falta de fundamentación fáctica o jurídica (la omisión de pronunciamiento también puede provocarla, aunque acontecerá, en cuanto vicio, más difícilmente, como se explicará, a tenor de la interpretación que se hace de los arts. 215.2 LEC y 267.5 LOPJ) o por la existencia de algún vicio radical de forma de la misma, aún más inhabitual, como la falta del número de magistrados suficientes…

Y en segundo lugar, al proceder a la reforma del texto de la LECrim se incurre en dos errores elementales. Por un lado, la nueva modalidad de la casación tampoco se enuncia como tal sino que, en la línea del Preámbulo, se regula conjuntamente, a renglón seguido de la casación ordinaria, art. 847.1.a), en el mismo precepto, art. 847.1.b), al enumerar las resoluciones recurribles, y sin distinguirla adecuadamente de la primera, art. 847.1.b).

Por eso el lector debe tener presente que en el art. 847.1 LECrim se contemplan las dos modalidades de la casación de la LECrim frente a sentencias:

* En el apartado a) se encuentra la casación ordinaria. Que incluye dos posibilidades según se trate de sentencias dictadas en primera instancia o bien en apelación por los TTSSJJ, lo que va a resultar decisivo, *infra*, al menos teóricamente, a tenor de la jurisprudencia del TS sobre la presunción de inocencia.

Es aquí, como se ha explicado, donde debería incluirse la previsión del art. 847.2 LECrim: no son recurribles las sentencias que se limitan a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

* En el apartado b) se introduce la nueva modalidad, la que procede frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias. Pero sólo cuando se trate de infracción de ley, art. 849.1 LECrim, en sentido estricto.

#### La inadecuada regulación del interés casacional

##### Regulación extravagante que ocasiona dudas sobre su alcance

Y es precisamente en la regulación de la nueva modalidad donde el legislador incurre, por otro lado, en otro error de técnica legislativa ya que obvia en ese lugar la referencia a la otra exigencia que existe para interponer la nueva modalidad de la casación: el interés casacional. Resultan, pues, demediados los dos requisitos que deben cumplir las sentencias para acceder a aquella. El resultado es que, a efectos del lector, parece como si el interés casacional no existiese a pesar de que en el Preámbulo, como se ha indicado, se explicita con claridad meridiana. De esta manera, la única mención a este presupuesto en el texto positivo se hace de forma extravagante, dentro de la sustanciación del recurso, en la sección 5ª, en el trámite de admisión, art. 889.II LECrim, y, acompasándose al Preámbulo, se formula de manera negativa: inadmisión por providencia sucinta de la nueva modalidad de la casación si se carece de aquel. Resulta ilógico que ni siquiera se haya mencionado dentro de la interposición del mismo, sección 4ª, más concretamente en el art. 874 LECrim, pues es evidente que el recurrente ha de acompañar a la resolución recurrida las sentencias de contraste que justifican la contradicción entre la jurisprudencia, así como razonar su existencia, o bien argumentar la ausencia de jurisprudencia sobre la norma, cuando aún no lleva cinco años en vigor.

El desacierto en la técnica legislativa es aún más patente si se compara con la que se empleó en la LEC al regular este requisito: allí el presupuesto del interés casacional aparece, de entrada, en el primer precepto que se dedica al recurso de casación, art. 477.2.3º y 3 LEC, a la par que se señala el motivo del mismo y dentro de las resoluciones recurribles. Y es en esa sede donde se precisa su contenido. Ello no obsta, lógicamente, a que exista una posterior referencia al mismo en sede de admisión, art. 483.2.3º LEC, pero una vez que se ha dejado claro que es una de las exigencias para poder recurrir y se ha precisado su contenido. Incluso, con peor técnica legislativa, la LOTC al recoger el presupuesto de la trascendencia constitucional del recurso de amparo, lo hace ya en sede de la tramitación del mismo, Cap. II del Tit. III LOTC, pero al menos, se enumera en primer lugar dentro de los requisitos que debe cumplir la demanda, art. 49 LOTC, y ya en la decisión sobre la admisión se explicita, art. 50.Uno.b) LOTC, su contenido (aunque en términos tan imprecisos que ha tenido que ser el TC quien los haya pormenorizado, especialmente STC 155/2009).

El problema de este desajuste en el tratamiento del interés casacional, la falta de claridad al regularlo sumada a la imprecisión del legislador al mencionarlo en el Preámbulo, es que, según se ha anticipado, propicia el adecuado caldo de cultivo, como se verá *infra*, para una interpretación radicalmente distinta a la que hacemos y con consecuencias trascendentales: el legislador realmente ha implantado la exigencia de interés casacional en las dos modalidades de la casación y no solo en la nueva. La diferencia estribaría en que únicamente la modalidad de nuevo cuño se puede inadmitir por ausencia de aquel mediante providencia sucinta; consecuentemente, a partir de ahora todos los recurrentes en casación habrán de alegar y demostrar la existencia de interés casacional para que el recurso resulte admisible. Una intelección que rechazamos porque si ya nos parece criticable, por escueta e imprecisa, la regulación del interés casacional en el estrecho margen respecto al cual no hay dudas de su exigencia, art. 889.II LECrim, nos parece incuestionable que si el legislador hubiese querido implantar ese requisito con carácter general, es decir, haber llevado a cabo una reforma de semejante calibre, tendría que haberlo manifestado, sin un gran esfuerzo, con una mínima claridad en el Preámbulo; por otro, y esto es aún más importante, también tendría que haberlo recogido expresamente en el articulado. Como no ha acontecido nada de eso entendemos que la voluntad del legislador es aquella sobre la que no existe duda alguna: que el interés casacional se ciñe a la nueva modalidad de la misma que se implanta, lo que resulta acorde con la propia naturaleza y finalidad de la misma: el TS conoce a través de ella de delitos de menor entidad que, por su propia naturaleza, resultan extraños a la casación ordinaria, por lo que solo tiene sentido que lo haga si existe interés casacional, contradicción o inexistencia de doctrina jurisprudencial, cuando se trata de una infracción de ley penal o sustantiva de otra naturaleza que funciona prejudicialmente respecto de aquella.

Otra cosa es que, *infra,* en regulaciones futuras el interés casacional se convierta en el epicentro de la casación, ya sea en lo civil ALMEP, ya en lo penal, ALECRIM y se ubique de forma adecuada, como sucede con sendos anteproyectos.

##### Ausencia de regulación positiva sobre su contenido

Por si no fuera suficiente, tampoco en el texto normativo, ni siquiera en esa inopinada sede, se hace mención alguna a en qué consiste exactamente dicha exigencia. Por eso hay que acudir necesariamente al Preámbulo para constatar su contenido. Y allí, en el apartado V, el legislador define el interés casacional de forma muy parecida, aunque, con una diferencia esencial, respecto a lo dispuesto en la LEC, art. 477.3 LEC: “A efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o 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.”

De hecho, se trata de una transcripción cuasi literal de la LEC con dos diferencias: una es que el autor de la reforma de la LECrim exige una oposición “abierta” a la jurisprudencia del TS, lo que parece endurecer el requisito; la segunda es de mayor calado y de signo contrario, por cuanto la enumeración de las hipótesis de interés casacional se hace de forma abierta (“entre otros, los siguientes..”), dado que los supuestos se presentan como algunos de los aspectos que deben tomarse en consideración para constatar la existencia del interés casacional. Por el contrario, la redacción del art. 477.3 de la LEC es taxativa a estos efectos: son hipótesis tasadas, *numerus clausus*. En realidad, lo que hace el legislador penal es formular el contenido del interés casacional de forma abierta, dejando en manos del TS su concreción.

Con independencia de que se aborde suficientemente esta cuestión más adelante, resulta inaplazable advertir que muchos de estos problemas se habrían solucionado de forma harto sencilla si el legislador hubiera empleado la técnica adecuada: regular de forma separada la nueva modalidad de la casación y, al enumerar las resoluciones recurribles incluir la exigencia de interés casacional, a la par que definirla.

### 2. La interpretación restrictiva de los motivos de casación en su modalidad ordinaria

Pero además la pulsión restrictiva se proyecta de manera mucho más intensa en un ámbito decisivo del recurso extraordinario que el legislador se limita a anunciar: a partir de ahora, los motivos de la casación ordinaria, la que procede frente a los delitos de mayor gravedad, que siempre habían tenido acceso al TS, se interpretarán de forma restrictiva.

Aunque el legislador no lo señale, es notorio que esta interpretación restrictiva de los motivos no procede en el caso de la nueva modalidad dada la restringidísima previsión que se hace de la misma: solo, como se ha señalado, cabe por infracción de ley sustantiva si hay interés casacional (jurisprudencia contradictoria o inexistencia de la misma). En consecuencia, únicamente precisa restricción aquello que es susceptible de ser limitado: los diferentes motivos que consiente la casación ordinaria, porque en la nueva modalidad ya el legislador los ha reducido al máximo.

Esta restricción en la intelección de los motivos de la casación ordinaria se presenta como una consecuencia ineludible, porque, afirma el legislador, trae causa de la generalización de la segunda instancia en el orden penal que resulta de la propia reforma. Es conocido que la L 41/2015 añadió un nuevo recurso, la apelación, frente a las sentencias en los procesos por los delitos de más de 5 años de prisión y 10 de otra pena. De esta suerte la casación dejó de ser el único recurso que cabía en esos supuestos, lo que exigía, especialmente en el caso del derecho al recurso del condenado –derecho al recurso, art. 14.5 PIDCP- “(…) tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación”, lo que “desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal.”, apartado IV Preámbulo L 41/2015.

De esta manera el legislador señalaba cuál sería el futuro: los motivos de la casación se interpretarían de forma más restrictiva, de forma que el recurso extraordinario recuperaría el sentido para el que había sido creado. Ahora bien, acerca de esta cuestión decisiva: en qué consistía esa nueva exégesis restrictiva y exactamente de qué manera se había desnaturalizado el contenido de la casación, así como si, dados los motivos de la casación (en especial el contenido de los derechos fundamentales procesales), resulta posible una intelección de los mismos diferente, es algo sobre lo que el legislador guarda completo silencio.

De hecho, la única referencia que existe a esta cuestión tan importante en toda la reforma es la que se acaba de señalar en el Preámbulo de la ley. Así, la regulación de los motivos de casación, arts. 847 a 852 LECrim, permanece incólume. En este caso no hay nada que objetar a la técnica legislativa empleada más allá de la imprecisión sobre las cuestiones señaladas y que presupone unas premisas discutibles (que la casación estuviese desnaturalizada, que resulte admisible, constitucional y dogmáticamente, una interpretación de los motivos más restrictiva). Y es que, por la naturaleza de esta mutación inexorable que se anuncia, la intelección menos flexible de los motivos del recurso, se trata de una cuestión estrictamente exegética, por lo que el autor de la misma no puede ser otro que el último intérprete de la legalidad ordinaria, en este caso procesal: el propio TS. Y la Sala Segunda, especialmente desde 2017, como se analiza *infra,* ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión tan trascendental que, teóricamente, viene a alterar el modelo de casación ordinaria.

#### La necesidad de interpretar restrictivamente los quebrantamientos de forma para recuperar la esencia de la casación

Ahora bien, el silencio del legislador acerca de cuál debe ser la intelección restrictiva de los motivos de casación, no impide aclarar lo que se encuentra implícito en sus afirmaciones:

* La interpretación flexible del TS de los motivos del recurso de casación, que acaba por desnaturalizarla, a la que hace referencia el legislador, atañe fundamentalmente al acusado, por cuanto a través de la misma, lo que se pretende es satisfacer su derecho al recurso en caso de condena, art. 14.5 PIDCYP.
* Y ya dentro de los motivos de la casación sólo podría, en teoría, tener cabida una interpretación menos favorable de los quebrantamientos de forma. Y es que parece evidente que el otro motivo de la casación (y de cualquier otro recurso, *infra*), la infracción de ley (precepto sustantivo), no puede interpretarse restrictivamente: la ley penal se ha infringido o no, pero no parece que se pueda graduar porcentualmente su quebranto según la naturaleza del recurso, y menos aún que se haya interpretado flexiblemente la existencia del mismo; el criterio exegetico *lex stricta* que acompaña a la hermenéutica de los vicios o errores de los fallos resulta de la presunción constitucional de validez, de legalidad, de los pronunciamientos judiciales, *infra.* Y tampoco parece que quepa una exégesis en sentido contrario, benevolente, según la cual el TS tendría como misión dulcificar los rigores del legislador o la jurisprudencia menor. En definitiva, resulta imposible sostener que la revisión de la aplicación de la norma sustantiva pueda ser diferente en un recurso ordinario y en otro extraordinario (por eso el examen de la arbitrariedad de su intelección, quebrantamiento de forma *in iudicando*, es idéntico en una y otra sede, aunque el art. 24.1 CE solo contemple la arbitrariedad manifiesta).

Conclusión reforzada, si fuera necesario, al constatar que el legislador afirma que esa interpretación flexible de los motivos es lo que ha desvirtuado la función del TS como máximo intérprete de la ley penal. Es decir, que ha dedicado sus esfuerzos a cuestiones diferentes a la nomofilaxis sustantiva, lo que, consiguientemente, solo puede referirse a la nomofilaxis procesal, a través de una interpretación generosa de las infracciones de esa naturaleza.

En definitiva, la excesiva amplitud de los quebrantamientos de forma: *in iudicando* e *in procedendo*, es lo que habría que “recortar”. Mas entonces surge la cuestión decisiva: ¿en qué consiste esa excesiva amplitud, la indeseable “mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación”?, que a su vez se desgrana en otros interrogantes:

-¿Acaso el listado de los mismos se ha extendido más allá de lo que es el contenido natural de la casación como recurso extraordinario? Con independencia de lo que se va a explicar *in extenso* sobre la verdadera diferencia que existe entre una y otra clase de recursos desde que se implantara la casación en nuestro sistema, ya se ha significado que la diferencia estriba en que en el recurso ordinario cabe alegar, como quebrantamiento de forma *in iudicando*, el error en la valoración de la prueba *in genere,* sin más restricciones que las que impone la exigencia constitucional de inmediación, además de la diferente intensidad con la que se controla la arbitrariedad en la fundamentación del relato fáctico (aunque la presunción de inocencia amplía los límites de la revisión). Pues bien, resulta evidente que en la casación penal no se ha producido una ampliación de esta suerte: la defensa nunca ha podido alegar el error en la valoración de la prueba *in genere* (sí se ha expandido el control de la racionalidad de la fundamentación fáctica, pero no como un motivo autónomo).

-Si no ha existido una interpretación extensiva del listado, tiene que haber acontecido una desvirtuación de la casación a través de la flexibilización del contenido de los quebrantamientos de forma. ¿Pero es eso posible? Es decir, ¿puede extenderse o reducirse el contenido de cada uno de los quebrantamientos de forma, a tenor de la amplitud de la revisión que de los mismos se efectúa en un recurso ordinario o extraordinario?

De entrada, debe repararse en que nos encontramos casi siempre ante el contenido de los derechos fundamentales procesales, por la superposición del plano de legalidad y constitucionalidad en esta materia, ya explicada. De esta manera, la cuestión que realmente se suscita es la siguiente: ¿puede revisarse de forma más flexible o generosa, por ejemplo, en la apelación, la conculcación del derecho a practicar las pruebas pertinentes, que en casación? ¿Acaso el examen de la legitimidad de la denegación de la declaración de un testigo es más intenso en una u otra sede?, ¿y el derecho a la imparcialidad del tribunal?, ¿y la exigencia de la congruencia del fallo?...

Evidentemente, ese interrogante solo puede responderse afirmativamente si las facultades de revisión del órgano *ad quem* en un recurso ordinario y extraordinario difieren no solo en la amplitud del listado de motivos que puede examinar, sino también en la intensidad con que la que se produce el examen de cada uno de esos motivos, vicios o quebrantamientos de forma. Ello nos remite necesariamente otra vez a la distinción en profundidad entre los recursos ordinarios y extraordinarios, *infra.* Podemos adelantar, una vez más, que efectivamente la diferencia radical entre una y otra clase de medio de impugnación, estriba en la intensidad de la revisión que se hace en cada sede. Pero esta diferencia de intensidad acontece exclusivamente respecto de la comprobación de la fijación de la *quaestio facti* que se hizo en la instancia. Y este diverso alcance de la revisión de la *quaestio facti* no trae causa de que el instrumento que ostenta el tribunal, el derecho fundamental procesal quebrantado, para constatar la existencia del vicio alegado, adquiera una diferente dimensión en un recurso según su naturaleza. Porque eso implicaría que cada derecho fundamental tendría un ámbito diverso en atención al recurso: los mismos derechos fundamentales, *e.g.* el derecho al juez imparcial, el derecho a practicar la prueba pertinente…, ostentarían un contenido en apelación (salvo las “extraordinarias penales”) y otro en casación. Algo que no parece posible ni lógica ni epistemológicamente. Por eso, y volviendo a la cuestión central, no cabe hablar, en teoría, de una mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso, porque es tanto como afirmar que se ha otorgado a los derechos fundamentales procesales del acusado en casación, al tratarse del único recurso que ostentaba, un contenido diferente, más amplio, del que deberían tener. Y eso implicaría que, por ejemplo, se estimó (o se examinó la posibilidad) la lesión de su derecho a practicar las pruebas pertinentes o la presunción de inocencia cuando no debía haberse hecho en circunstancias normales, por tratarse de un recurso extraordinario.

Además, si el contenido de los derechos fundamentales cambiase a tenor de la amplitud de los recursos, resultaría que al final sería el legislador quien, al fijar el ámbito de aquellos, estipulase cuál es la extensión de los mismos.

Resulta preciso, pues, constatar la cualidad isotrópica de los derechos fundamentales procesales: su contenido, su estructura interna y propiedades, no resultan alteradas en función de la instancia o grado en la que son examinados, ni dependen, consiguientemente, de la posición del observador. O, como más gráficamente ha significado el TS recientemente, el contenido de un derecho fundamental “No puede tener un perímetro diferente según estemos en la Plaza de la Villa de París o en la calle Domenico Scarlatti.”[[80]](#footnote-80)

En conclusión, los derechos fundamentales ostentan el mismo contenido cualquiera que sea el recurso, aunque el ámbito de revisión del fallo recurrido varíe según la naturaleza de aquél. Así la presunción de inocencia ostenta idéntico ámbito en apelación, casación[[81]](#footnote-81) o el amparo, aunque en el recurso ordinario quepa un análisis más profundo de la fijación de la *quaestio facti* por cuanto, al margen de ese derecho fundamental, cabe alegar el error en la valoración de la prueba (no personal). Y lo mismo sucede con la tutela judicial efectiva, que tiene la misma extensión en los diferentes recursos y en el amparo, aunque, como también se señaló, en la apelación acontezca una revisión de la arbitrariedad de la fundamentación *quaestio facti* más amplia. Y en el mismo sentido, la corrección de la exégesis irracional de la *quaestio iuris* siempre ostenta el mismo contenido según el art. 24.1 CE, en los recursos ordinarios y extraordinarios o el amparo, aunque en los dos primeros, y al margen de ese precepto, el control de aquella irracionalidad sea más intenso.

Por eso, aunque se reduzca el ámbito de la revisión de un fallo en un recurso extraordinario ello no afecta a la amplitud del art. 24.1 CE, así como de los restantes derechos fundamentales procesales, en el mismo: el contenido de ellos permanezca incólume. Otra cosa es que, en el plano de la legalidad ordinaria, se reduzca la posibilidad de revisar el acierto del fallo. Ahora bien, aunque la isotropía de los derechos fundamentales procesales impida otorgarles una diferente amplitud según el recurso de que se trate, sí que es posible que el legislador, en ejercicio de su libertad, al estar en presencia de un derecho de desarrollo legal (el derecho al recurso), decida impedir a las partes la alegación de la lesión del art. 24 CE. Es lo que sucede con las casaciones “sustantivas”. En estos casos, y al margen de la apreciación de oficio de esos quebrantos, *infra,* y de que, lógicamente toda la actividad ante el tribunal *ad quem* esté sometida al juego de ese precepto, cabría afirmar que el propio contenido del art. 24.1 CE de las partes ha resultado delimitado (reduciéndose su ámbito) en la tutela que se le brinda en el recurso.

Por eso una vez que el legislador ha delimitado objetivamente el alcance de la revisión en el recurso, no cabe que el tribunal *ad quem* manipule su contenido a través de una interpretación extensiva de los motivos. Así nunca (o al menos no hemos sido capaces de encontrar resolución alguna, *infra*) el TS ha reconocido la lesión de la presunción de inocencia indebidamente, excediendo el ámbito propio del recurso extraordinario. Eso solo habría acontecido si hubiera alterado la *quaestio facti* mediante una nueva valoración de la prueba no personal o si hubiese dictado una sentencia absolutoria ante un “lazy judgement” en lugar de provocar la retroacción. Mas esta “generosidad” del órgano *ad quem*, esta extralimitación en la tutela del derecho fundamental procesal de una parte, habría comportado, además de un motivo de nulidad absoluta, también la quiebra su propia competencia funcional (que, rectamente entendida, no solo consiste en quién puede conocer, sino también de qué está habilitado a hacerlo) y por ende del derecho al juez ordinario de la contraparte.

Sin embargo, como se va a comprobar, el discurso del TS, en concordancia con legislador y el TC, insiste en que ha existido una interpretación flexible de los motivos casacionales, en especial los que atañen a la revisión fáctica y más concretamente en lo atinente a la presunción de inocencia. Consiguientemente, habría que retornar a los parámetros normales. Resultará preciso, pues, constatar, a través del examen de la jurisprudencia, *infra,* en qué ha consistido esa excesiva amplitud pretérita y en qué medida se ha reducido en la actualidad.

#### Omisiones del discurso del legislador

También resulta objetable que el legislador no fuera capaz de articular dos de las cuestiones “objetivas” trascendentales sobre las que el TS, *infra*, va a hacer especial hincapié: 1) que lo que sucede desde ahora con la casación es muy parecido a lo que acontecía con las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de las AAPP: lo que accede al TS es una sentencia dictada en un recurso de apelación (aunque en el caso del Jurado dicha apelación sea un recurso extraordinario); 2) que, consiguientemente, el objeto del recurso se reconduce: lo que se recurre y a la que se imputan los vicios es la sentencia dictada en apelación; aunque cabrá reproducir el motivo que se alegó en la segunda instancia siempre que el tribunal *ad quem* deniegue indebidamente su tutela.

A estas dos omisiones que se acaban de reseñar ha de sumarse otra de especial calado: en tanto en cuanto también acceden a casación las sentencias dictadas por los TTSSJJ en primera instancia cuando existen aforados (responsabilidad penal de jueces y magistrados de la CCAA), art. 847.1.a).1º y no existe en esos casos la posibilidad de una segunda instancia, el recurso de casación tiene que mantener su versión tradicional, la que interpreta flexiblemente los motivos del recurso, para satisfacer el derecho del condenado al recurso, art. 14.5 PIDCP.

### 3. El resultado de la reforma operada sobre el recurso de casación: las modalidades de la casación resultantes (según el legislador)

En resumen, el legislador yerra al presentar y acometer la reforma de la casación de forma global y bajo las premisas de una ampliación de su ámbito que se contrarresta con varias medidas, sin explicar ni regular adecuadamente lo que realmente lleva (o pretende hacerlo) a cabo: crear una nueva modalidad de la casación, para los delitos de menor entidad, que antes no tenían acceso al recurso extraordinario, por lo que se amplía el ámbito de este, pero solo cuando existe interés casacional y únicamente por infracción de ley sustantiva; a la par que se reduciría el ámbito de la ordinaria, puesto que al generalizarse la segunda instancia, ya no tendrán que interpretarse de forma flexible los motivos de esta. Además de que en la modalidad ordinaria, las sentencias dictadas en la segunda instancia y que declaran la nulidad de lo actuado no tendrán acceso a casación.

La explicación ya está anticipada: el legislador opera con una óptica diferente, singular. Ostenta dos deseos contrapuestos: a) provocar que exista doctrina jurisprudencial sobre todos los tipos penales; b) reducir el ámbito de la casación fundamentalmente a las infracciones de ley (sustantiva). Por eso, la explicación de su reforma se hace de forma global, sin diferenciar suficientemente las singularidades de cada modalidad, lo que supone provocar la confusión denunciada entre ambas.

De esta suerte, y a tenor de las intenciones proclamadas por el autor de la L 41/2015, tras la reforma de la LECrim, en ella se contemplarían las siguientes modalidades de la casación frente a sentencias:

* La nueva prevista para los delitos de menor entidad, art. 847.1.b) LECrim, únicamente por infracción de ley sustantiva y si existe interés casacional, art. 889.II LECrim, lo que, en principio, garantizaría la existencia de jurisprudencia del TS sobre todos los delitos.
* La casación ordinaria para los delitos más graves, art. 847.1.a) LECrim, en su versión restrictiva; a través de la interpretación de esa índole que a partir de ahora realizará el TS de los motivos para recurrir, ya que se ha generalizado la segunda instancia y se colma con ella el derecho del condenado al recurso, art. 14.5 PIDCYP.

Ahora bien, no se ha reparado en que esta modalidad restrictiva no puede entrar en escena si ha acontecido una primera condena en segunda instancia, fruto exclusivamente de una revisión de la *quaestio iuris*. El condenado tendrá derecho al examen de dicha cuestión en casación en los términos previos a la reforma (si es que fuera cierto que cupiera la intelección restrictiva de los derechos fundamentales procesales) y sin que le “recomiende” alegar el interés casacional.

* La misma versión original de la casación ordinaria en su versión previa a la reforma que se acaba de señalar, también tendría lugar cuando los TTSSJJ conocen en única instancia en los supuestos de aforamiento. La pervivencia de esta modalidad, en los supuestos señalados, el legislador no alcanza a preverla.
* Extramuros seguiría existiendo la casación para unificación de doctrina, en el caso de menores y de régimen penitenciario. Se parece mucho a la nueva modalidad que se ha implantado para el caso de los delitos de menor gravedad. Ahora bien, la casación para unificación de doctrina *strictu sensu* tiene un ámbito más restringido que la nueva modalidad: el interés casacional en esta es más amplio (al margen de lo que también decida el TS, incluye también la ausencia de jurisprudencia), y, en caso de estimación, la sentencia también despliega su eficacia habitual, mientras que en el caso de menores únicamente lo hace, desde 2013, si beneficia a estos.

#### La reforma de la casación penal, a diferencia de la operada en otros órdenes, amplía los límites de la misma

En cualquier caso, no puede dejar de reseñarse que la reforma operada en la casación penal presenta un rasgo que las diferencia de las que se han realizado en el orden civil, en 2000, y c-a, 2015: frente al marcado carácter restrictivo de estas (sobre todo de la última), elegido por el legislador (aunque después las respectivas Salas ahondarían en las mismas), la casación penal amplía sus límites objetivos *ex lege*, mientras que la principal labor de restricción, la que atañe a los motivos de la casación ordinaria ha quedado, como no podía ser de otra manera, en manos del propio TS. Lo cierto es que el predominio de la fuerza expansiva en la reforma del recurso de casación penal trae causa, fundamentalmente, de la naturaleza del derecho sustantivo que se tutela en el proceso penal, y la cualidad de los derechos subjetivos e intereses legítimos materiales en liza, que provoca la existencia de derechos fundamentales procesales en mayor número y amplitud (sobre todo para el acusado) que en resto de los órdenes jurisdiccionales, ampliando consiguientemente el ámbito de la casación y los restantes recursos extraordinarios. De esta manera, como se indicó, la tensión que existe en aquel orden jurisdiccional hacia la tutela del *ius litigatoris* es más intensa que en los restantes. Por eso, el futuro de la casación penal pasa necesariamente por los derechos fundamentales procesales y en especial la presunción inocencia.

### 4. Las modalidades de la casación penal en el ALECRIM 2020

Aunque suponga una disrupción en la lógica del discurso, es el momento adecuado para presentar cuáles son las intenciones del pre legislador respecto de la casación penal. El ALECRIM, en sustancia, prevé unas modalidades casacionales muy parecidas a las existentes en la actualidad pero supeditadas siempre a la existencia de interés casacional. Podría decirse que la situación resultante es igual a la que existe tras la L 41/2015 pero añadiendo, como pretende hacer la jurisprudencia, *infra,* la exigencia de interés casacional también a la modalidad ordinaria actual. Y aunque se intenta presentar la existencia de única modalidad casacional subsisten las mismas versiones que hoy en día.

En consecuencia, además de que sigue sin existir casación frente a los delitos leves, esta vez con una previsión específica,art. 742.3 ALECRIM*, c*on los inconvenientes que se explican en estas páginas, cabe distinguir:

* Existe una casación sustantiva frente a delitos menos graves enjuiciados por un tribunal unpipersonal, arts. 31 y 744.1.2º ALECRIM. Es el equivalente a la nueva modalidad casacional. No cabe, lógicamente, impetrar la infracción de quebrantamientos de forma.
* La modalidad ordinaria (infracción de precepto sustantivo y quebrantamiento de forma) frente a delitos menos graves y graves enjuiciados por un tribunal colegiado, art. 744.1 ALECRIM.
* Nuevamente olvida el legislador el supuesto de los aforamientos ante los TT.SS.JJ que acceden directamente a casación al no existir una apelación previa, arts. 33, 35.5, 727 y 742 ALECRIM, con las importantes consecuencias que se explican en este trabajo, *infra.*

# LA CASACIÓN PENAL TRAS 2015 SEGÚN EL TS

## La tarea encomendada al TS

Como se ha podido comprobar, compete en exclusiva al TS, según los términos del propio legislador en la reforma, además de la interpretación del alcance de la misma con carácter general, una doble misión:

* Definir el concepto de interés casacional en el ámbito de la nueva modalidad de casación que se instaura para los delitos de menor entidad.
* Delimitar cómo han de interpretarse a partir de ahora los motivos de la casación en su modalidad ordinaria.

Ahora bien, el alcance de ambas tareas es diferente. La primera, parece, de entrada, tener un ámbito mucho más acotado que la segunda, pues se trata de definir en qué supuestos existe la necesidad de que el TS se pronuncie sobre el alcance de la aplicación del derecho sustantivo en los delitos de menor entidad, a partir de una sólida base: lo que el propio legislador ha señalado expresamente (en el Preámbulo). En principio, se trata de una labor complementaria. Por el contrario, la segunda, reinterpretar el alcance de los motivos, implica partir de unas premisas más amplias: cuál es el sentido originario de la casación, su esencia, si es que puede hablarse de tal, en cuanto que recurso extraordinario. Es cierto que el legislador, como se ha señalado, ha sentado lo que, según el, deben ser las bases de la misma: la misión principal del TS a través del recurso de casación estriba en ser el último intérprete, el más autorizado, de la ley penal y así lograr la uniformidad en la aplicación de la ley así como la existencia de doctrina jurisprudencial, de suerte que se reafirme la seguridad jurídica. Pero, no lo es menos, que la tarea del TS no se reduce a aceptar acríticamente semejante afirmación, sino que necesita sostener una convicción propia acerca de lo que significa la casación como recurso extraordinario, para acometer la tarea encomendada, puesto que solo a el le compete redefinir, si es que fuera preciso, además de posible, el alcance de los motivos de la casación.

En cualquier caso, como se va a constatar, la suerte de ambas encomiendas está entrelazada. Y es que la perspectiva de lo que es la casación, su cometido en cuanto que recurso extraordinario en nuestro sistema, es necesariamente unitario y no podrá dejarse de aplicar en las dos parcelas señaladas. De esta manera, el concepto de interés casacional (entendido ahora en sentido lato) tendrá una mayor o menor amplitud según se entienda cuál es la “esencia” del recurso extraordinario. Por eso, no sorprenderá del todo que en algunas resoluciones subyazca la idea de que la exigencia del interés casacional debe extenderse más allá de la nueva modalidad, puesto que si se entiende que el cometido esencial del TS es unificar la jurisprudencia, parece una apuesta lógica.

## Importancia y singularidad de la jurisprudencia del TS sobre la regulación de la casación

Si cualquier análisis de una institución jurídica precisa del examen de la jurisprudencia, en este caso el examen de la misma resulta ser una pieza capital. De entrada, porque se trata de una realidad procesal, que solo pueden aplicar los propios tribunales. Pero es que además, cuando el TS encara la nomofilaxis de los preceptos casacionales, sobre todo en lo atinente a los motivos y resoluciones recurribles, lo que hace no es otra cosa que decidir sobre el alcance y cometido de sí mismo. Es cierto que ello es una nota común a cualquier tribunal cada vez que aplica un precepto procesal, mas en este caso la singularidad es aún mayor por cuanto el TS, valga la redundancia, es el intérprete supremo, el último, de esas normas y además está decidiendo, a diferencia de los restantes tribunales, acerca de la interpretación de unos preceptos que solo a el le compete aplicar (con la excepción de la misión que tiene el tribunal *a quo* a la hora de controlar los requisitos en el momento de interposición del recurso de casación). En definitiva, la supremacía y exclusividad con la que el TS se pronuncia acerca de aquello en lo que consiste su propio cometido en el recurso de casación, no tiene parangón con la interpretación que realiza cualquier otro tribunal de los restantes preceptos procesales o incluso la que lleva a cabo el propio TS acerca de estos, puesto que a través de los derechos fundamentales procesales podrían acceder al TC para que fijase el contenido esencial de los mismos. Por el contrario, no existe revisión posible del alcance que el TS otorga al recurso de casación a través de su jurisprudencia, salvo que se tratase de una interpretación ilógica o irracional y mediante el art. 24.1 CE accediese al TC, aunque su cometido en este supuesto sería simplemente negativo o excluyente.

De hecho, el propio TC ha reseñado en varias ocasiones, así más recientemente en SSTC 7/2015, FJ 2 d) y 115/2017, FJ 5, que, según el canon constitucional, la revisión que efectúa en el ámbito de la casación es aún más limitada que la, ya de por sí restringida, que lleva a cabo en los recursos: 1) por la propia posición del TS en el ordenamiento jurídico respecto del plano de legalidad, lo que incluye la ley procesal; de suerte que le corresponde a el la última palabra, salvo lo atinente en materia de garantías constitucionales, respecto de la admisión del recurso de casación, STC 37/1995, FJ 6; 2) que el régimen procesal del recurso de casación es más estricto por tratarse de un recurso extraordinario (motivos tasados y requisitos intrínsecos o sustantivos relativos al contenido y viabilidad de la pretensión), STC 35/2011, FJ 3.

Conviene advertir que la cita de la jurisprudencia del TC sobre el control que efectúa, en sede de amparo, respecto del recurso de casación, en especial cuando se trata de la admisión del mismo, se hace solo a efectos de constatar una realidad ya enunciada: la restringidísima revisión que allí se realiza . En modo alguno significa compartir el acierto de su contenido. De hecho, sobre las afirmaciones del TC planean dos interrogantes esenciales: por un lado, ¿por qué el hecho de que un tribunal ordinario sea el último en conocer de ciertas materias a través del sistema de recursos, restringe naturalmente el juego de los derechos fundamentales procesales, en especial el art. 24.1 CE, cuando interpreta la regulación de aquel, ya se trate de la admisión o de cualquier otra cuestión?, y por otra parte, ¿por qué la naturaleza extraordinaria de un recurso, incluso entendida rectamente: la limitación de la revisión que se puede hacer en esa sede (de la *quaestio facti*), vuelve a restringir el juego de las garantías del art. 24 CE respecto del ámbito diseñado por el legislador para el recurso? La doctrina del TC choca frontalmente con la cualidad isotrópica de los derechos fundamentales procesales enunciada, de suerte que si entran en liza su contenido no es mudable. Por eso, como también se anunció, la interdicción de la arbitrariedad manifiesta, art. 24.1 CE, es la misma en amparo, casación o apelación. Conceptualmente no puede existir un nuevo subapartado de la misma: la relativa a la interpretación que hace el TS respecto a los requisitos de la casación.

Por eso, la labor de la interpretación del TS sobre las normas que regulan la casación, su cometido natural en cuanto que último recurso extraordinario, deben estar impregnadas de especial prudencia y autocontención. De esta manera, la posición del Alto tribunal se asemeja, salvando las diferencias, a la del propio TC cuando enjuicia la constitucionalidad de la LOTC, aun cuando también es cierto que donde alcanza mayor identidad es en el trance en que aquel tribunal analiza el contenido de la trascendencia constitucional en el amparo, por lo que se pueden extrapolar algunas de las consideraciones vertidas a estos efectos, SSTC 49/2008, 118/2016, FJ 3, y 215/2016, FJ 3, adaptándolas al plano de legalidad: a) que el legislador, dentro de los límites constitucionales y de la independencia del tribunal, tiene libertad para introducir “los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales”; b) cuando se interpreta el alcance de los preceptos que afectan a la función del propio tribunal, siempre bajo la premisa de la presunción de constitucionalidad del producto, el enjuiciamiento debe ser exclusivamente técnico y no político o de oportunidad, aunque en el caso del TS sí que estaría obligado a tener en consideración la aplicación práctica de los preceptos en cuestión; c) un control más intenso, ubicaría al TS en una posición que no se corresponde con el papel que tiene atribuido constitucionalmente según el principio de la división de los poderes.

Se trataría, en definitiva, de evitar, ante la sobrecarga de trabajo, la comprensible tentación de reducirla mediante una interpretación especialmente restrictiva de los requisitos impuestos por el legislador. Fundamentalmente porque ello afecta de lleno al art. 24.1 CE, a la tutela judicial efectiva. Viene ello al caso, porque desgraciadamente, así ha acontecido cuando la Salas primera[[82]](#footnote-82) y Tercera del TS se han ocupado de fijar los alcances del nuevo modelo de casación que se había implantado, al amparo de la doctrina del TC sobre el derecho al recurso, ya enunciada y criticada, como un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione,* de suerte que la revisión de las causas de inadmisión es externo, y se rebaja al control del carácter racional y lógico de las mismas, así como que no exista un error fáctico patente o se haya acordado en función de una causa legalmente inexistente, [SSTC 55/2008](javascript:Redirection('JU0002958113_Vigente.HTML')), de14 de abril, FJ 2, y 42/2009, de 9 de febrero, FJ 3.

En cualquier caso, conviene adelantar que, aunque se pueda discrepar de algunos aspectos de la interpretación que hace de la reforma, no ha sido esa la tendencia general de la Sala Segunda, como también es tradición en la misma. Al igual que ha sucedido con el propio legislador, la jurisprudencia de la Sala Segunda TS (a pesar, en ocasiones, de las apariencias, de los *obiter dicta*) es mucho más flexible que la de sus homólogas.

De esta manera, al fin y a la postre, la casación penal resulta una anomalía o *rara avis* en el ámbito de las recientes reformas operadas en ese mismo recurso extraordinario en otros órdenes jurisdiccionales: nos encontramos ante el recurso extraordinario de contenido más amplio (a tenor de los derechos fundamentales y en especial de la presunción de inocencia), el que permite la revisión más extensa e intensa de la *quaestio facti*, pero el legislador ha decidido ampliar su contenido objetivo (el ámbito de la ley sustantiva que es revisable en el mismo), a la par que ha sido imposible, a pesar de su deseo y de lo que formalmente manifiesta la jurisprudencia, *infra*, restringir la revisión de la *quaestio facti* que allí tiene lugar. A lo que hay que sumar el carácter no restrictivo de la jurisprudencia de la Sala Segunda cuando encara los requisitos y presupuestos para recurrir. Circunstancia que, a pesar de las críticas que podamos verter sobre algunos aspectos de la misma, merece ser realzada especialmente cuando la corriente contraria es la que impera.

## La reforma de la casación según el TS

El análisis de la postura del TS acerca de la reforma operada por la L 41/2015 en el recurso de casación, ha de hacerse por separado en atención a las dos parcelas en los que el legislador ha actuado:

1. La relativa a la nueva modalidad que se implanta
2. La casación ordinaria

### La nueva modalidad de la casación

El TS se ha visto compelido a interpretar el alcance de la nueva modalidad de la casación para los delitos de menor entidad, desde la misma promulgación de la norma.

Por un lado, porque al tratarse de una figura absolutamente novedosa, resultaba preciso, a efectos de seguridad jurídica, marcar unas pautas, aunque fueran escuetas, acerca de cuál iba a ser su intelección de la normativa de la nueva modalidad. Una necesidad que se tornaba más acuciante puesto que, como se ha constatado, la técnica empleada por el legislador distaba mucho de ser depurada, y requería de una exposición metodológica ordenada y lo suficientemente clara para todos los operadores jurídicos.

Pero además es que, por otra parte, el legislador le había encomendado expresamente una tarea específica respecto de la nueva modalidad que implantaba: fijar el alcance exacto de lo que se entiende por interés casacional. En principio esta cuestión decisiva era la única que restaba por concretar, pues a diferencia de la casación para unificación de doctrina en el caso de menores y de régimen penitenciario, los aspectos procedimentales así como los efectos de la sentencia, no planteaban, *a priori*, dudas al regularse en la propia LECrim.

Sin embargo, el TS en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016, aprovechó para delimitar otros aspectos decisivos, cuyo alcance se ha ido perfilando a raíz de la jurisprudencia emanada desde entonces: el 26 de marzo de 2017, el Pleno conoció por primera vez de esta nueva modalidad de la casación y a partir de entonces se desarrollan “esas embrionarias aproximaciones interpretativas” del Acuerdo[[83]](#footnote-83). Por otra parte, el TC resolvió un recurso de amparo, ATC 40/2018, en el que se alegaba la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, a resultas de la aplicación por la jurisprudencia del TS de parte del contenido del Acuerdo al que nos referimos (la imposibilidad de alegar en esta modalidad la lesión de los derechos fundamentales procesales a través de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim), por lo que se vio compelido a pronunciarse sobre el mismo.

#### El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016 y la jurisprudencia del TS

#### Resoluciones recurribles: la exclusión de los delitos leves de la nueva modalidad de la casación

Lo primera cuestión decisiva que aborda el TS, aunque lo haga en orden inverso, consiste en delimitar restrictivamente el ámbito objetivo de la nueva modalidad: no cabe que los delitos leves accedan a la misma.

De esta manera se acota la redacción del art. 847.1.b) LECrim que prevé la nueva modalidad de la casación para las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias (Provinciales y Sala de lo Penal de la AN), sin exclusión alguna, de suerte que, en principio, también deberían acceder a la misma las resultantes de los juicios por delitos leves, de los que habían conocido los Jueces de Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en primera instancia.

Sin embargo, el Acuerdo del TS[[84]](#footnote-84) impide el acceso de los delitos leves a la casación, argumentado que en el caso del juicio por delitos leves, el art. 977 LECrim, estipula que frente a la sentencia dictada en apelación no procede recurso alguno, mientras que en el caso del procedimiento abreviado, art. 792.4 LECrim, introducido por la reforma de 2015, dispone que contra la sentencia de apelación cabe casación en los términos previstos en el art. 847 LECrim. Es decir, aunque no se explicite así: si el legislador hubiese querido el acceso de los delitos leves a casación, habría alterado la redacción del art. 977 LECrim tal y como ha hecho con la regulación del procedimiento abreviado.

El TS ha optado así por el continuismo, puesto que, como se ha destacado, desde 1949, Ley de 16 julio, se vetó el acceso de las faltas (antecedente de los delitos leves), a casación. En realidad, el precedente más remoto de la restricción del acceso de las faltas a nuestro último recurso extraordinario se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal provisional de 1872 que, art. 804, excluía la posibilidad de interponer la casación por quebrantamiento de forma si se traba de esos ilícitos penales. Sin embargo, esta limitación no se trasladó a nuestra LECrim. Por eso, desde 1882 hasta 1949 es el periodo en el que en nuestro sistema el TS, mediante la casación, ha tenido la última palabra respecto de todos los tipos penales. Ahora bien, como se indicó, a la exclusión de las faltas en mitad del siglo pasado, le siguió en 1988, L 28 de diciembre, la restricción de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal. Por eso, la intelección que hace el TS a través del Acuerdo que nos ocupa, supone restaurar el alcance de la casación a aquella que existió entre 1949 y 1988: conocer de todos los tipos penales salvo delitos leves/faltas.

El TS opera, de esta suerte, poniendo un límite a la fuerza expansiva que, como se explicó, según el legislador, es el primer *leit motif* de la reforma.

Efectivamente, si bien, es un indudable argumento de peso a favor del TS que el art. 977 LECrim no se haya modificado y no consienta recurso alguno frente a las sentencias dictadas en los juicios por delitos leves, como argumentos de contrario, frente a la intelección realizada por el TS, podemos señalar:

El principal es el tenor literal del propio precepto, art. 847.1.b) LECrim: no excluye a ningún tipo de resolución que resulte de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias.

Además, con la misma o mayor intensidad, juega el hecho de que el legislador en el Preámbulo de la L 41/2015, como se explicó, al recalcar que el carácter expansivo del recurso de casación es la principal nota de la reforma, para crear doctrina jurisprudencial y lograr la uniformidad en la aplicación de la ley, de suerte que las Audiencias no fueran la última instancia en ciertos delitos, en ningún caso excluye los delitos leves. Antes al contrario, señala, como conclusión, apartado VI, que con la reforma: “De esa forma, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales.”

De esta manera, ni en el Preámbulo ni en el tenor literal del precepto existe excepción alguna al recurso de casación, sino que la idea subyacente es la contraria: la fuerza expansiva de la reforma debería consentir la doctrina del TS en todos los delitos, a los efectos señalados.

Sin embargo, con la intelección que hace el TS seguirá existiendo un ámbito refractario a la uniformidad jurisprudencial, lo que, a tenor de las propias palabras del Alto Tribunal, al conocer precisamente de este recurso, no parece aceptable: “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.” [[85]](#footnote-85).

A mayor abundamiento, como se va a constatar, para justificar que en esta modalidad del recurso solo se consiente alegar la infracción de ley sustantiva, se recalca una y otra vez que la principal misión del TS es la interpretación del plano de legalidad sustantivo, en el que ostenta la exclusividad, a efectos de lograr la unidad, seguridad e igualdad en la aplicación de la ley, frente a lo que sucede con las quebrantamientos de forma/derecho fundamentales procesales[[86]](#footnote-86). No parece, pues, consecuente justificar la exclusión de la tutela del *ius constitutionis* respecto de todo un ámbito de delitos.

La consecuencia fundamental de excluir a los delitos leves de la nomofilaxis del TS sobre ellos, es que solo va a ser posible que, excepcionalmente, el TC cumpla con la misma de forma muy parcial e indirecta, lo que es lógico porque no es este su cometido constitucional. Así, a través del amparo se podrá alegar el quebranto del art. 14 CE, igualdad en la aplicación de la ley, para que, ante la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias en supuestos que comparten identidad de hecho y se aplica el mismo precepto punitivo, el TC señale qué exégesis resulta contraria a la CE, habitualmente por ilógica, desproporcionada o lesiva del principio de legalidad, arts. 24 y 25 CE. Mas se trata, como se ha hecho notar, de una nomofilaxis parcial y negativa, por cuanto al adentrarse el TC en el plano de legalidad su cometido solo puede ser la exclusión de la versión que resulte contraria al texto constitucional sin que pueda examinar cuál debería ser la adecuada intelección del precepto.

En definitiva, cada vez que se excluye la nomofilaxis del TS sobre los preceptos penales sustantivos, se aboca al TC a llevar a cabo una suerte de labor sucedánea, parcial y negativa sobre los mismos, en hipótesis excepcionales.

Por otra parte, surge la duda de qué sucede con aquellos casos en los que no se ha seguido el juicio por delitos leves, pero los tribunales se pronuncian sobre ellos en otros procesos: bien por tratarse de delitos leves conexos, incidentales, arts. 14,3, 142.4º Quinto, 742 LECrim, o bien porque se ha producido la mutación de las calificaciones definitivas al final del juicio. Formalmente en estos supuestos no tendría por qué impedirse el acceso a la nueva modalidad de la casación, ya que no se trata de un juicio por delitos leves, art. 977 LECrim. Sin embargo, no parece esa la intelección sistemática de la exégesis del TS del art. 847.1.b) LECrim: se excluyen los delitos leves de la nueva modalidad de la casación, por lo que no tendría sentido que pudiera existir un acceso aleatorio de los mismos en función de las circunstancias señaladas. En estos supuestos hay que entender que aunque, formalmente, no se trata de un fallo pronunciado en un juicio por delitos leves, en realidad es como si así hubiera acontecido, por lo que sobre el pesan las mismas restricciones previstas en el art. 977 LECrim. Acerca de esta cuestión, además, se cuenta con el antecedente de lo que había venido sucediendo con las antiguas faltas.

Por último, en el ATC 40/2018 no existe un pronunciamiento sobre esta cuestión dado que el objeto del recurso de amparo no incluyó esta restricción. En cualquier caso, no resulta aventurado, sino todo lo contrario, concluir que el TC desestimará cualquier duda constitucional sobre esta intelección del TS acerca de las sentencias recurribles, porque por un lado cuenta con el sólido respaldo de la redacción del art. 977 LECrim, y por otro, ya se ha explicado que cuando el TC encara la revisión de los criterios de admisión de un recurso lo hace a través de un doble filtro negativo: uno general, según el cual el derecho al recurso (a diferencia del derecho a la jurisdicción, en la tutela judicial efectiva), es un derecho de configuración legal por lo que no le es aplicable el principio *pro actione* y, consiguientemente, el principio de proporcionalidad, de suerte que solo se lleva a cabo una revisión externa (que la inadmisión no haya sido arbitraria, o fundada en error fáctico patente, o en causa inexistente); otro específico, más restrictivo en casación, a resultas de la posición del TS como último intérprete de la legalidad y del propio recurso extraordinario en cuanto que más restringido externa e internamente (que consiente incluso poder controlar incluso en la admisión el fundamento de la pretensión).

Ya se ha advertido que no se comparte la fundamentación de la óptica restrictiva del control de las causas de admisión de los recursos que sostiene el TC. El derecho a los recursos es efectivamente un derecho de configuración legal, por lo que depende del legislador (salvo en el caso del condenado en el proceso penal) la existencia y el ámbito del recurso. Mas una vez que este ha materializado su opción y delimitado el alcance de aquel, esta, su elección (hasta que el legislador vuelva a modificar la existencia y contorno de la misma), se encuentra sujeta íntegramente al contenido del art. 24.1 CE: los justiciables tienen derecho al recurso implantado por el legislador, y a obtener un pronunciamiento sobre la cuestión que suscitan dentro de los límites diseñado por aquel, con las mismas garantías y requisitos que en la primera instancia. De otra suerte, resultaría que el ámbito de los derechos fundamentales procesales mengua en los recursos a voluntad del legislador. Y ello resulta inaceptable, porque la realidad es otra: el art. 24 CE se proyecta íntegramente sobre el ámbito que el legislador ha configurado el recurso en cuestión, y su contenido no puede mudar de una instancia a otra porque consiste en el conjunto de las garantías esenciales del modo de impartir justicia, cualquiera que sea la instancia, en un Estado de Derecho[[87]](#footnote-87).

En realidad, el fenómeno descrito consiste en que mientras que en la primera instancia el concepto de interés legítimo, que es el sostén del art. 24 CE, está necesariamente anclado en la realidad material o sustantiva exclusivamente (todo aquel que se encuentre en una situación jurídica que afecte con una cierta intensidad a los bienes jurídicos cuya titularidad ostenta, tiene derecho, si cumple las exigencias formales previstas, a un pronunciamiento sobre la cuestión que plantea), y no depende del legislador, cuando se trata de los recursos al interés legítimo se añade un componente procesal decisivo: el legislador decide en qué casos y hasta qué punto cabe una revisión de lo enjuiciado en la instancia. Es en este sentido, al reducir el legislador el ámbito en el que juega el art. 24 CE en los recursos, delimitando su amplitud a través de la restricción del interés legítimo empleando parámetros procesales, podría sostenerse (matizando la proclamada cualidad isotrópica de los derechos fundamentales procesales) que la tutela judicial puede tener menor amplitud en los medios de impugnación que en la primera instancia, pero siempre en cuanto a su extensión (cuándo, en qué casos, se puede alegar su lesión) y nunca en lo atinente al contenido e intensidad de cada uno de los ámbitos en los que se manifiesta.

Al decidir el legislador el contenido y ámbito de los recursos no hace otra cosa que ejercer la discrecionalidad y oportunidad consustanciales a quien ostenta la potestad legislativa. Por eso, cuando se revisa a la luz del art. 24 CE, los criterios que los tribunales emplean para admitir los recursos, no cabe rechazar el empleo del principio de proporcionalidad ni del *pro actione,* sino de reubicarlos en el nuevo marco decidido por el legislador. Y es en ese aspecto crucial, en la intelección de cuál ha sido la voluntad del legislador, tanto en el plano de legalidad, como en el de constitucionalidad, cuando resulta más decisiva la prudencia que debe emplear quien ostenta la potestad jurisdiccional al enjuiciar uno y otro plano, por el juego de división de poderes y lo que significa respecto de los mismos el TC como órgano constitucional. Por eso, este debe ceñirse a constatar que no ha existido un flagrante reemplazo por parte del tribunal ordinario de la voluntad del legislador: inadmitiendo el recurso a través de un indebido rigorismo formalista ni empleando un criterio marcadamente restrictivo respecto del ámbito diseñado por el legislador, art. 24.1 CE (que es el marco donde existe la tutela judicial efectiva, el principio de proporcionalidad y el principio *por actione*). Ciertamente, como señala el TC, se trata de un control externo, pero se debe exclusivamente a la propia naturaleza de la operación que se lleva a cabo. Y, además, a esos efectos, como se anticipó, resulta indiferente cuál es la posición del tribunal que ha llevado a cabo la indebida intelección de la amplitud del recurso y la naturaleza de mismo. Porque ninguna de esas circunstancias justifica atentar contra el principio constitucional de división de poderes. De esta suerte, las autorrestricciones proclamadas por el TC respecto al control que efectúa respecto de la admisión de los recursos por parte del TS, han de entenderse en clave de oportunidad política, a efectos crear artificialmente “zonas de indiferencia constitucional” que eviten conflictos entre los dos Tribunales, como, desgraciadamente, se pudo constatar con el, ya no vigente, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo civil de 12 diciembre de 2000, sobre Criterios de recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

En el caso que nos atañe, aunque hubiésemos preferido la extensión de la nueva modalidad de la casación a los delitos leves en función de los argumentos esgrimidos, entendemos que la opción contraria del TS, plasmada en el Acuerdo de 2016, no puede reputarse inconstitucional porque encuentra sustento en la redacción del art. 977 LECrim.

Además, existe un último argumento que juega a favor de la intelección final del TS, ya que ha compensado la restricción señalada con un alcance práctico del interés casacional más flexible que en otros órdenes jurisdiccionales, *infra*. Probablemente, si el Acuerdo hubiera consentido el acceso a casación de los delitos leves, habría tenido que endurecer los requisitos del interés casacional para evitar verse desbordado por la acumulación de recursos.

#### Los motivos, el interés casacional y el procedimiento

En el primer punto del Acuerdo que nos ocupa, el Pleno de la Sala Segunda se ocupa, en cinco apartados, de las tres cuestiones señaladas que analizamos por separado.

##### El motivo de la nueva modalidad

En los tres primeros apartados el TS recalca que existe un único motivo para interponer este recurso: la infracción de ley, art. 849.1 LECrim[[88]](#footnote-88). Lo que, la propia jurisprudencia, *infra,* incluida la del TC, ATC 40/2018, FJ 6.b), viene a denominar *error iuris* o de subsunción.

Precisamente, el TS ha tenido la ocasión de manifestarse a este respecto, aseverando que, a tenor de esta circunstancia, se trata de una modalidad de la casación orientada más a la uniformidad jurisprudencial y seguridad jurídica, art. 9.3 CE, así como al principio de igualdad, art. 14 CE, que a la tutela del *ius litigatoris*, la tutela judicial efectiva, art. 24 CE[[89]](#footnote-89)*.* Se trata, en definitiva, de procurar la homogeneidad en la aplicación del derecho sustantivo en ámbitos que permanecían extraños al alto Tribunal, y que además han sido reformados en profundidad recientemente.

Por eso, precisamente, ya desde la primera STS que inicia esta modalidad, se ha ido fijando la posición del Alto Tribunal respecto de cuestiones sustantivas decisivas, como la posibilidad de que la negativa a someterse a una segunda prueba de alcoholemia pueda incluirse en el delito previsto en el art. 383 Cp[[90]](#footnote-90), o lo que debe entenderse por el precio de venta en establecimientos abiertos al público (esencialmente la inclusión del IVA en el mismo) en el caso del hurto[[91]](#footnote-91), el concepto de conductor a efectos del art. 379 Cp[[92]](#footnote-92)…

En realidad, el Acuerdo lo único que se hace en este caso es repetir el tenor literal del art. 847.1.b) LECrim, señalando, *a fortiori,* que se inadmitirán los recursos formulados al amparo de los arts. 849.2, 850 y 851 y 852 LECrim. Aunque conviene realizar varias precisiones al respecto:

* La exclusión del error de hecho en la valoración de la prueba, art. 849.2 LECrim, que formalmente aparece como una infracción de ley resulta lógica, pues, como explicamos suficientemente *infra*, no tiene tal naturaleza, sino que se trata de un quebrantamiento de forma *in iudicando* que se plasma en el art. 849 LECrim por una indebida influencia de la Lec de 1881.

Por eso, el TS ha desestimado el recurso cuando se fundaba en tal motivo[[93]](#footnote-93), aunque a la vez ha dado muestras de flexibilidad y antiformalismo al admitir la nueva modalidad de la casación, a pesar de haberse invocado como motivo la infracción del art. 849.2 LECrim, y sin embargo entender que lo que se estaba alegando realmente era una infracción de ley del art. 849.1 LECrim[[94]](#footnote-94).

* Respecto a la exclusión de los quebrantamientos de forma, ya sean *in procedendo,* art. 850 LECrim, o *in iudicando*, art. 851 LECrim, en principio, y aparentemente, poco hay que añadir pues son, por su propia naturaleza, los otros vicios que cabe alegar en los recursos, diferentes a la infracción de ley, precepto sustantivo.

El problema estriba en la íntima conexión que existe entre los quebrantamientos de forma *in iudicando* y la infracción de la ley sustantiva como se desarrolla *infra*, de suerte que históricamente han llegado a solaparse sobre todo en el orden civil. Sin embargo, hoy en día resulta evidente que, *e.g.*, la incongruencia u otros vicios, por ser quebrantamientos de forma *in iudicando,* no tendrán acceso a esta nueva modalidad de la casación.

Ahora bien, existe un supuesto especialmente dudoso: cuando se ha producido una fundamentación ilógica en la aplicación de la ley sustantiva. Estamos, una vez más, ante un quebrantamiento de forma *in iudicando,* por lo que, formalmente debería estar excluido en esta nueva modalidad, sin embargo su interconexión con la infracción de la ley sustantiva tutelada en el art. 847.1.b) LECrim es de tal calibre que lo lógico será camuflar su verdadera naturaleza y presentarla directamente como una infracción de ley sustantiva, eso sí, citando como apoyo, como se señala en el Acuerdo, la infracción de un precepto constitucional procesal. Así, por ejemplo, se aducirá el quebranto de un determinado precepto del Cp u otra ley penal sustantiva, por cuanto, a tenor de los hechos declarados probados, se ha razonado de forma indebida, ilógica o irracional, la concurrencia de la tipicidad en ese supuesto, de forma contraria a lo que hace, en idénticas circunstancias otra Audiencia o el TS, o bien porque no existe jurisprudencia aún al respecto. De hecho, la Sala Primera admite el recurso de casación civil (infracción de preceptos sustantivos) por este motivo cuando se trata de la interpretación de los contratos[[95]](#footnote-95).

En definitiva, en este caso entendemos que, excepcionalmente, a pesar de que *strictu sensu*, no encajaría en las previsiones del legislador, resulta imposible deslindarlo de la finalidad pretendida en la nueva modalidad de la casación y por ello debería admitirse indirectamente como una infracción de ley sustantiva y aducir, en todo caso, como apoyo, según dispone el Acuerdo, *infra,* la infracción de un precepto constitucional, en este caso y de forma extraordinaria el art. 24 CE.

Por otra parte, no cabe camuflar la infracción de un quebrantamiento de forma al amparo del quebrantamiento de una ley sustantiva, art. 849.1 LECrim, que funciona prejudicialmente respecto de una norma procesal. Por ejemplo, no es admisible fundar el recurso en la infracción del Reglamento General de Circulación para tratar de desvirtuar la prueba de aire espirado mediante el etilómetro[[96]](#footnote-96).

###### La inadmisión de la nueva modalidad del recurso de casación cuando se alega la infracción de un precepto constitucional (únicamente puede alegarse con carácter complementario al quebranto del plano de legalidad sustantivo)

El TS ante la escueta redacción resultante de la reforma, se enfrentaba a un problema capital: la nueva modalidad casacional diseñada solo consiente la infracción de preceptos sustantivos y excluye los procesales. El problema es que, como resulta notorio, estos últimos integran también el plano de constitucionalidad, art. 24 CE, los quebrantamientos de forma con trascendencia (indefensión), por lo que resulta preciso excluir este. Para ello se propone una intelección sencilla, *ad pedem literam* parcial: como solo se consiente, art. 847.1.b) LECrim, impetrar la lesión del art. 849.1 LECrim, infracción de ley, *in principio,* hay que entender que únicamente se incluye, art. 847.1 LECrim, literalmente, al plano de legalidad. De esta manera se impide el juego de los arts. 850, 851 (legalidad procesal) y 852 (constitucionalidad). Por el mismo motivo, también debe entenderse excluido el juego del art. 5.4 LOPJ (plano de constitucionalidad). Eso sí, consciente de la permeabilidad consustancial entre ambos planos, el TS, permite alegar la lesión del de constitucionalidad como apoyo al quebranto alegado del plano de legalidad sustantivo[[97]](#footnote-97).

La interpretación propuesta se enfrenta a dos obstáculos: uno de naturaleza formal, la constitucionalidad formal de una derogación tácita de un precepto de una ley orgánica, art. 5.4 LOPJ, a través de la ley ordinaria; otro de naturaleza material, consistente en la posibilidad de escindir, tanto teórica como prácticamente, el ordenamiento jurídico a efectos casacionales entre el plano de legalidad y el de constitucionalidad.

En lo que atañe al art. 5.4 LOPJ, ya se sabe que, desde la redacción originaria de la LOPJ, dicho precepto dispone que cabe fundar el recurso de casación en la infracción de un precepto constitucional, que no es sino una de las manifestaciones de la superación de la naturaleza programática de la CE[[98]](#footnote-98). ¿Resulta suficiente la previsión del art. 847.1.b) LECrim para provocar la derogación tácita del precepto mencionado? Como resulta conocido, entre las leyes ordinarias y orgánicas no existe una relación de jerarquía sino de competencia, y podría argumentarse que en la medida en que la ley orgánica excede el ámbito de su regulación según la CE, y se adentra en los predios de la ley ordinaria, bastaría que cualquier ley ordinaria ulterior modificase el contenido de aquella para que hubiera que estar a las nuevas previsiones. Sin embargo, la cuestión de la delimitación competencial “natural” entre una y otra puede ser más compleja, ya que si se suscitan dudas se trata de interpretar el texto constitucional; precisamente una expresión evidente de la CE como fuente del derecho. Por eso no parece que pueda corresponder, en la medida en la que el texto de la ley ordinaria ulterior se opone frontalmente o contradice al de la ley orgánica, a los tribunales ordinarios la interpretación del texto constitucional. Únicamente al TC le es dado proclamar la inconstitucionalidad formal de los preceptos de la ley orgánica que han invadido el espacio de la ley ordinaria y, en consecuencia, mantenerlos en vigor tras proclamar su decotación a ese rango[[99]](#footnote-99). Por eso, solo a través de la cuestión de inconstitucionalidad cabría llegar a la exclusión del art. 5.4 LOPJ en la nueva modalidad casacional.

Sin duda, el autor de la LEC era consciente de esta realidad, por lo que procuró la derogación del art. 5.4 LOPJ a través de la LO que acompañaba a aquella, para evitar que su diseño de la casación, que solo consiente la lesión de preceptos sustantivos (incluidos los derechos fundamentales, pero excluyendo los procesales, art. 477.2.1º LEC), corriese peligro. Y precisamente también por el mismo motivo procedió a otorgar una nueva redacción al art. 852 LECrim, que por ello no resultaba redundante: garantizaba (al menos así lo creía el legislador) que en la casación penal se pudiera seguir alegando la infracción de un precepto constitucional a pesar de la derogación del contenido del art. 5.4 de la LOPJ.

A estas alturas resulta fútil recordar que el legislador no pudo sacar adelante la LO que acompañaba a la LEC, por lo que el art. 5.4 LOPJ ha conservado su redacción hasta nuestros días. De esta manera, en realidad, el resultado es que el dilema que nos ocupa también está vigente desde 2000 en el proceso civil (aunque reducido al art. 24 CE como se ha señalado). Así las cosas, y ante la ausencia de pronunciamiento del TC (cuestión o autocuestión de inconstitucionalidad), no puede extrañar que la doctrina procesal más sensible al juego del plano de constitucionalidad haya seguido manteniendo la vigencia del art. 5.4 LOPJ en la casación civil. Sin embargo, como también es notorio, para salvar el binomio recurso extraordinario por infracción procesal/recurso de casación estipulado por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina procesal civil han dado por buena la exclusión del precepto de la LOPJ. Por eso, no puede extrañar que cuando se suscitó un dilema semejante a la Sala Segunda en 2017, esta acabase por concluir que la L 41/2015 ha derogado implícitamente, art. 847.1.b) LECrim, en la nueva modalidad casacional al art. 5.4 LOPJ. Así se afirma que el art. 5.4 LOPJ está previsto para una realidad preexistente a la nueva modalidad y que la interpretación “microliteral” de la expresión “en todo caso” contenida en el art. 852 LECrim se opone a los términos en los que está redactado el art. 847.1.b) LECrim y al propio sentido de la reforma expresado por el legislador en el Preámbulo de la L 41/2015, que auspicia una exégesis restrictiva del supuesto que nos ocupa como hizo el Acuerdo que comentamos[[100]](#footnote-100).

Entendemos que en el caso que nos ocupa no existe la duda señalada que obligue a acudir al TC: la LOPJ circunscribe su ámbito al diseño de la constitución y funcionamiento de los tribunales, art. 122.1 CE, que ha de entenderse ceñido a las dos cuestiones básicas atinentes a la jurisdicción y competencia de los tribunales: la competencia judicial internacional y la jurisdicción por razón del objeto (aunque en este aspecto exista una colaboración de la ley ordinaria, art. 9 LOPJ), mientras que el resto del ámbito competencial atañe a las leyes procesales, aunque la LOPJ al enumerar a los tribunales también contemple aspectos relativos a la competencia objetiva y funcional de los mismos. Pues bien, en este caso, el ámbito de la casación, competencia funcional, no es una cuestión reservada a la LOPJ por lo que cronológicamente el contenido de la L 41/2015, prevalece sobre el art. 5.4 LOPJ.

Además, la cuestión planteada puede entenderse tácitamente resuelta por el ATC 40/2018 que implícitamente ha sostenido la naturaleza ordinaria de dicho precepto[[101]](#footnote-101) (lo que no es de extrañar, dado que en dicha resolución tampoco se hace referencia alguna al dilema que inmediatamente abordamos).

Pero es en el plano material del dilema donde aumentan las dudas: ¿cabe una escisión entre el plano de constitucionalidad y de legalidad como la señalada?; ¿necesitan los derechos fundamentales una previsión específica para poder ser alegados en casación, o bien la naturaleza normativa de los preceptos constitucionales que los contienen comporta la aplicación directa de los mismos?; en definitiva, ¿son necesarias las previsiones de los arts. 852 y 5.4 LOPJ?

Empezando por la última cuestión, lo cierto es que parece dudoso que la naturaleza normativa y no programática de los arts. 14 a 29 CE, permita su aplicación directa en casación o en cualquier otro recurso. Aquella, en coordinación, con la naturaleza subsidiaria del amparo, art. 53 CE, lo que exige es estipular un cauce procesal para que los derechos fundamentales puedan ser tutelados ante la jurisdicción ordinaria antes de acudir al amparo (ese es precisamente el sentido del incidente de nulidad de actuaciones, arts. 227 LEC y 241 LOPJ). Por eso, si, como acontecía antes de 2015, en una gran mayoría de delitos solo existía la casación como medio de impugnación, se producía necesariamente la aplicación directa de los derechos fundamentales sin necesidad de previsión alguna. Y en ese sentido resultaba superfluo el contenido de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim[[102]](#footnote-102). Mas esta situación ha cambiado tras la L 41/2015, que ha generalizado la apelación. De esta suerte, en la actualidad no resulta obligada la tutela de los derechos fundamentales en casación, lo que está en consonancia con su naturaleza extraordinaria, ni es posible auspiciar la aplicación directa de los preceptos constitucionales. Depende, consiguientemente, del legislador que la lesión de los derechos fundamentales (su lesión por el órgano *a quo*) sea revisable en casación a través de la alegación de la parte (cuestión diferente es el control de la misma de oficio, *infra)*.

Ahora bien, una cosa es el planteamiento teórico y otro el práctico, la dialéctica *Sofía/* *hokmá*: la posibilidad efectiva de aislar y blindar al TS en el plano de legalidad en la casación es una utopía porque se produce una inevitable interacción con el plano de constitucionalidad y el TC. En lo que atañe al plano sustantivo a través de una doble vía; primero mediante los derechos fundamentales sustantivos: el principio de igualdad en la aplicación de la ley, art. 14 CE, el de proporcionalidad y legalidad, art. 25, e incluso, aunque sea muy infrecuente, a través de la ficción, emparentada con la *Dritwirkung,* de imputar al tribunal ordinario la lesión de los derechos fundamentales sustantivos de la víctima, especialmente arts. 15, 17 y 18 CE, o del acusado, art. 17 CE; en segundo lugar, a través del art. 24.1 CE, que proscribe la interpretación (excesivamente) ilógica del precepto penal sustantivo, o del art. 24.2 CE si se trata del acusado. Y ya en lo que se refiere al plano de legalidad procesal es cuando acontece la explicada subsunción casi completa del mismo en el art. 24 CE si se trata de los recursos: en la medida en que a la infracción procesal se le exige trascendencia, el precepto constitucional señalado no puede dejar de aparecer (salvo, como se ha señalado, que al TC le esté vedado conocer de la misma: el error en la valoración de la prueba o la fundamentación ilógica de la *quaestio facti* que no alcanza el nivel suficiente de irracionalidad). Es decir, a efectos prácticos resulta imposible demediar ambos planos. Para constatar de la realidad de lo que afirmamos basta pensar en que ni siquiera el legislador civil en la LEC ha sido capaz de ello: no ha podido escindir el plano de legalidad del constitucionalidad cuando se trata de los preceptos sustantivos y asume la concomitancia sucesiva del TS y TC respecto de la misma cuestión; correlativamente ha tenido que excluir por completo el plano de legalidad y constitucionalidad del recurso si se trata de los preceptos procesales, art. 477.2.1º LEC, para encuadrarlo dentro del recurso extraordinario por infracción procesal, art. 469.1. 3º y 4º LEC.

En realidad, no se acaba de percibir, *infra,* la integración connatural y consustancial entre el plano de legalidad y el de constitucionalidad cuando se trata de articular los motivos para recurrir: el plano de constitucionalidad, arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, no constituye un *tertium genus* que se sume a las infracciones de ley sustantiva y las procesales. Antes bien al contrario, a partir de la CE, la infracción de ley, del ordenamiento jurídico, ha de entenderse necesariamente como el incumplimiento de un precepto sustantivo, ya sea del plano de legalidad (e incluso excepcionalmente del plano infralegal) o de constitucionalidad[[103]](#footnote-103). Y los quebrantamientos de forma integran por sí mismos tanto los del plano de legalidad como los de constitucionalidad[[104]](#footnote-104). Buena prueba de ello es que no existe un tratamiento procesal específico de la infracción del plano de constitucionalidad sino que se acompasa naturalmente al previsto para la infracción de ley o quebrantamiento de forma según la naturaleza del precepto constitucional alegado (aunque con buen tino el TS haya aprovechado la “aparente” autonomía del plano de constitucionalidad para eludir el inadecuado tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando* que tiene su origen en 1872). Por eso, insistimos, el art. 852 LECrim resulta superfluo; los quebrantos del art. 24 CE se alojan naturalmente, ampliando su contenido, en los arts. 850 y 851 LECrim –así como en el art. 849.2 LECrim, mientras que los preceptos constitucionales sustantivos están incluidos consustancialmente en el art. 849.1 LECrim. Efectivamente, en la actualidad resulta insostenible pretender que la dicción literal de los arts. 847.1.a) “infracción de ley y quebrantamiento de forma” y 849.2 LECrim, “infringida la ley”, hayan de entenderse, microliteralmente si se nos permite, englobando exclusivamente el plano de legalidad. Precisamente, el último precepto aclara que dicha infracción acontece cuando se trata de “precepto penal de carácter sustantivo u **otra norma jurídica sustantiva** del mismo carácter (…)”. Y es evidente que los derechos fundamentales sustantivos ostentan dicha naturaleza.

Por eso, no se puede compartir la solución a la que llega el Acuerdo en este extremo, aunque acabe por admitir la alegación de precepto constitucional de forma complementaria[[105]](#footnote-105).

###### La necesidad de evitar el fraude de ley consistente en alegar la infracción de un precepto sustantivo que encubre un quebrantamiento de forma

Precisamente, y dada la permeabilidad explicada que existe entre el plano de legalidad y constitucionalidad, uno de los riesgos que ha de evitarse es la impetración de la lesión de una disposición sustantiva (ya sea del plano de legalidad o constitucionalidad) que en realidad supone un quebrantamiento de forma. Así por ejemplo:

* + El art. 14 CE no dejará de entrar en liza si se aduce, incluso por el MF, que existe una aplicación desigual, que resulta decisiva, por parte de los tribunales de un precepto de la ley rituaria, por ejemplo el art. 714 LECrim, ante un mismo supuesto de hecho (*e.g.*: en el caso en concreto no se consintió, frente a lo que sucede en el resto de los supuestos, la lectura y valoración de la declaración sumarial, con todas las garantías, del acusado o un testigo).
  + También se puede alegar, si existe interés legítimo (víctima, persona jurídica, acusación popular que tutela los mismos intereses), la lesión de un derecho fundamental sustantivo, el que corresponde al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta enjuiciada, cuando se ha rechazado, indebidamente a su entender, por un quebrantamiento de forma, la pretensión punitiva que se ha hecho valer. Se trata de una ficción parecida a la de la *Dritwirkung,* a la que nos referimos *infra.* Así, por ejemplo, se achaca al tribunal la lesión de la intimidad, art. 18 CE, porque, a través de una fundamentación ilógica o simplemente no se razonó (quebrantamiento de forma *in iudicando*) la prueba aportada, se desestimó la existencia del delito contemplado en el art. 197 bis Cp.
  + De la misma forma, el condenado siempre podría alegar la lesión del art. 17 CE si se le impone una pena restrictiva de ese derecho fundamental, cuando ello ha sido el resultado, a su entender, por ejemplo, de la valoración de una prueba ilícitamente obtenida, o también cabe aducir el quebranto del art. 25 CE a través de un subterfugio parecido... Por no decir nada cuando se trata de los delitos previstos en el Tit. XXI del Cp, “Delitos contra la Constitución”.
  + Y también puede existir una lesión de un derecho fundamental sustantivo en los actos de investigación que sirven para obtener fuentes de prueba que luego se aportarán a través del oportuno medio de prueba, como por ejemplo, en la entrada y registro domiciliaria, la intervención de la correspondencia… Fenómeno que analizamos *infra* como una excepción a la regla de que la infracción de la ley sustantiva acontece exclusivamente en la resolución definitiva (aunque su tutela se procesaliza).

En todos estos casos, al margen de lo que formalmente se alegue, siempre existe un quebrantamiento de forma, *in procedendo* o *in iudicando* y, por ende, del art. 24 CE y de los derechos fundamentales procesales, (la denegación de la lectura de la declaración sumarial supone infringir el derecho a la práctica de la prueba pertinente; en el ejemplo de la ficción semejante a la *Dritwirkung* aconteció el quebranto del art. 24.1 CE por fundamentar ilógicamente, o no hacerlo, la prueba; la utilización de una prueba ilícita supone infringir la presunción de inocencia[[106]](#footnote-106) o el derecho al proceso con todas las garantías…), que es el origen directo e inmediato, de la pretendida lesión, mediata e indirecta, del derecho fundamental sustantivo...

* Por último, el hecho de que no quepa atacar el relato fáctico en modo alguno, como señala el Acuerdo, y ha recordado la jurisprudencia,[[107]](#footnote-107) es una consecuencia natural del único motivo que se permite alegar en esta nueva modalidad. Estamos ante la única versión, vigente, de la casación en lo civil (se trataría del recurso extraordinario por infracción procesal) y penal que, junto a la casación penal por unificación de doctrina en el caso de los menores y régimen penitenciario, no consiente la revisión limitada de la *quaestio facti*.

##### El interés casacional según el Acuerdo y la jurisprudencia

Ya se ha explicado que correspondía naturalmente, por encomienda del legislador, a la Sala Segunda del TS, la delimitación del interés casacional, por cuanto en la L 41/2015, en el Preámbulo, se limitaba a enumerar unos parámetros básicos, “(…) deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes… “, y dejaba en sus manos la concreción a partir de ellos, de suerte que en el texto positivo solo existe una referencia negativa al mismo: la inadmisión en caso de inexistencia del mismo en el art. 889.II LECrim.

Se trata de una técnica legislativa diferente a la empleada en el proceso civil, en el que, según se indicó, el art. 477.3 LEC señala un listado cerrado de supuestos en los que existe el interés casacional, y que, a su vez, se han ido interpretando de forma restrictiva por los sucesivos Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales de la Sala Primera del TS.

En lo que atañe al Acuerdo y la jurisprudencia sobre el interés casacional, existen dos características de signo opuesto.

Por un lado, existe una tendencia restrictiva en lo que se refiere a la extensión de dicho concepto, porque el TS en el Acuerdo, punto cuarto del primer apartado, se ha limitado a reproducir literalmente las pautas generales señaladas en el Preámbulo de la L 41/2015[[108]](#footnote-108). Pero con la importante salvedad de que ha clausurado el listado de motivos, al prescindir de la expresión “entre otros”. Así, de facto, el listado de supuestos enumerado por el legislador de forma abierta, *numerus apertus*, se ha transformado en *numerus clausus.* Y la jurisprudencia ulterior, desde la primera sentencia, se ha limitado a transcribir literalmente el acuerdo sin señalar modificación o adenda alguna[[109]](#footnote-109). De esta manera únicamente se puede alegar la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las AAPP o con la del TS, así como la ausencia de doctrina jurisprudencial si se trata de normas que no llevan más de cinco años, siempre que no haya pronunciamientos del Alto Tribunal que versen sobre normas con un contenido similar[[110]](#footnote-110). Una intelección ratificada por el TC, ATC 40/2018, FJ 8, quien se ha limitado a transcribir la redacción del Preámbulo, dejando constancia que la exégesis efectuada por el TS al aplicar el Acuerdo resultaba “razonable y razonada”.

Nada se puede objetar, ni desde el plano de legalidad ni desde el de constitucionalidad, a la interpretación del TS puesto que, como se ha señalado, estamos en presencia de un derecho de desarrollo legal y ha sido el propio legislador quien ha dejado en manos del Alto Tribunal la definición del concepto de interés casacional a partir del bosquejo de sus rasgos esenciales. Nos encontramos ante uno de esos raros supuestos en los que existe una encomienda expresa a la jurisprudencia de complementación del ordenamiento jurídico.

Sin duda nada empece a que la propia jurisprudencia del TS, con el paso del tiempo, añada alguna hipótesis más de interés casacional, que tienda a favorecer un mayor dinamismo y evite la petrificación o fosilización de la jurisprudencia del Alto Tribunal, como puede ser la necesidad de *overruling* o cambio de jurisprudencia a tenor de las perspectivas ofrecidas por la doctrina o la mutación de las circunstancias sociales (o bien a tenor de la jurisprudencia del TC, Tribunal de Justicia de la UE o del TEDH, aunque al tratarse del derecho sustantivo penal no será muy frecuente), así como la posibilidad de que se trate de un supuesto de especial relevancia jurídica por su especial repercusión social o económica. Aspectos ambos que, como resulta conocido, se encuentran reconocidos como hipótesis que justifican la trascendencia constitucional necesaria para recurrir en amparo ante el TC, arts. 49.Uno, 50.Uno.b) LOTC y STC 155/2009, a la par que se recuerda el carácter abierto de aquel concepto para mantener el dinamismo de la jurisprudencia constitucional[[111]](#footnote-111). Sin embargo, actualmente no es esta la postura del TS, quien ha aprovechado para manifestar precisamente, a propósito del interés casacional, que “Este requisito debe alejarse en su significación de la trascendencia constitucional que se maneja en materia de amparo.”[[112]](#footnote-112). Frente a ello, la Sala Primera, muchísimo más restrictiva, *infra,* sí que admite, por el contrario, la necesidad del *overruling* en el sentido apuntado como motivo de interés casacional[[113]](#footnote-113).

En ese mismo sentido expansivo, como se ha señalado[[114]](#footnote-114), también parecería oportuno consentir el acceso a esta nueva modalidad de la casación cuando no existe doctrina jurisprudencial sobre alguna cuestión, con independencia del tiempo que lleve en vigor la norma, superando el plazo de los cinco años[[115]](#footnote-115) que ha señalado el legislador en el Preámbulo y que se ha ratificado en el Acuerdo. Para ello bastaría que se plantease un supuesto de hecho cuya subsunción en el tipo el TS nunca se hubiese planteado hasta entonces o suscitase la pertinentes dudas si no estuviese suficientemente clara la doctrina jurisprudencial[[116]](#footnote-116). De hecho, *infra,* cuando, al socaire de la versión tradicional de la casación se recomienda aducir el interés casacional, la Sala Segunda anima a la posibilidad de alegar la novedad de la cuestión que se plantea.

Mas frente a esta vertiente restrictiva de la intelección del interés casacional, la Sala Segunda del TS, por el contrario, ha mostrado gran flexibilidad, sobre todo cuando se compara con la labor de su homóloga, la Sala Primera, en cuanto a la forma de acreditación de cada uno de los supuestos que justifican la admisión del recurso. Simplemente basta contrastar el Acuerdo de la Sala Segunda que nos ocupa con los quince folios de extensión del de la Sala Primera:

* El concepto de “oposición abierta” a la doctrina jurisprudencial del TS, empleado por el legislador en el Preámbulo y recogido en el Acuerdo, no se ha utilizado como criterio restrictivo para inadmitir el recurso.
* Por eso, en ese mismo sentido, tampoco se ha pormenorizado, como ha hecho la Sala Primera, cuáles y cuántas tienen que ser las sentencias de contraste que el recurrente debe aportar para justificar el interés casacional (dos o más sentencias de la Sala Primera o bien una si es del Pleno o en la que se especifica el interés casacional; y en el caso de las AAPP, al menos dos en un sentido y otras dos en el contrario, debiendo encontrarse la sentencia impugnada en uno de esos bloques)[[117]](#footnote-117).

Esta mayor flexibilidad también sido nota común en la jurisprudencia de la Sala Segunda cuando pormenorizó los requisitos a efectos de la casación para unificación de doctrina en materia de régimen penintenciario, limitándose a señalar que hace falta aportar las sentencias de contraste (dos o más)[[118]](#footnote-118).

Lo cierto es que no se ha llegado a precisar el momento *a quo* para computar el plazo de los cinco años desde que la norma sustantiva ha entrado en vigor a efectos del interés casacional: si es la primera ocasión en la que se invoca en el proceso o bien cuando se interpone el recurso de casación. Entendemos que la intelección debe ser la primera por cuanto lo que se pretende es fijar la doctrina jurisprudencial sobre una cuestión que se ha reformado recientemente y respecto de la que aún no existe aquella, ni siquiera respecto de una idéntica o similar redacción anterior de ese u otro precepto. De hecho, la Sala Primera así lo ha entendido también[[119]](#footnote-119). Por eso, si después de alegado por primera vez el precepto en el proceso, y antes de interponer el recurso de casación se produjese el pronunciamiento del TS, simplemente desaparecería el interés casacional. Lo mismo acontecería si una vez interpuesto el recurso se produce otro fallo del TS en el que se resuelve esa cuestión. Así aconteció en la STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 570/2017 de 17 Jul. 2017, Rec. 2116/2016 ECLI: ES:TS:2017:3033[[120]](#footnote-120). Y en otras ocasiones se ha rechazado la existencia del interés casacional por cuanto la vigencia de la norma, o el apartado de la misma en cuestión, excedía del plazo señalado[[121]](#footnote-121).

Resulta imprescindible tener presente que el TS, en los supuestos de contradicción jurisprudencial como fundamento del interés casacional, a la hora de resolver el recurso, no está obligado a elegir entre una u otra de las versiones que se le presentan. Puede aportar una solución propia y novedosa, como se ha destacado en el ámbito de la casación en el caso del régimen penitenciario[[122]](#footnote-122). Ello es evidente cuando se trata de contradicción entre resoluciones de las Audiencias, mas también acontece cuando se trata de su propia doctrina jurisprudencial, incluso aun cuando existiera una resolución del Pleno fijando lo que debe entenderse por aquella. De otra manera, se negaría la posibilidad de la evolución de su jurisprudencia, produciéndose una suerte de petrificación que ni siquiera es admisible en los países del *common law* y el *stare decisis* resultante del valor del precedente. Ya se ha hecho mención a la posibilidad del *overruling* en nuestro país conforme a la lógica explicada. Ahora bien, si se trata de apartarse de la propia doctrina, hay que tener presente que debe justificarse la nueva opción y el abandono de la anterior suficientemente, para dejar constancia que no se incurre en arbitrariedad y en una desigualdad en la aplicación de la ley, arts. 9.3 y 14 CE.

Precisamente la posibilidad del *overruling* que se acaba de señalar es lo que justifica que, a tenor de lo explicado *supra,* el TS debería reconsiderar la posibilidad de consentir la existencia de interés casacional cuando se aduzca la necesidad de un cambio jurisprudencial en atención a la mutación de las circunstancias sociales o de las perspectivas ofrecidas por la doctrina.

###### El interés casacional en el ALECRIM y ALMEP 2020

Aunque nuevamente quiebre la continuidad del discurso, es el momento adecuado para esbozar cómo queda regulado según el pre legislador el interés casacional en lo que serían las futuras regulaciones del recurso extraordinario en lo penal y civil que es un presupuesto absoluto para acceder al mismo (salvo el caso de los procesos por derechos fundamentales en lo civil).

##### El interés casacional en el ALECRIM 2020

Es el presupuesto, art. 745 ALECRIM, absoluto que debe cumplirse en todo caso para acceder a casación. En principio las hipótesis de interés casacional coinciden con las que se manejan en la actualidad con dos importantes matizaciones:

1. También existe interés casacional si procede el *overruling* del TS. Algo que, como se explica, la Sala primera viene admitiendo en el orden civil.
2. En el caso de las normas procesales, precepto constitucional, no existe un límite temporal de vigencia (frente a los cinco años de las sustantivas) en el caso de que no exista doctrina jurisprudencial del TS o del TC.

Mas lo decisivo es que, según parece, siguiendo la técnica empleada en la LEC cuando se bifurcó la casación: el interés casacional se predica únicamente, con una importante excepción, de la norma sustantiva[[123]](#footnote-123). Entonces es cuando, si el recurso suscita interés casacional en el plano sustantivo, cabrá alegar la infracción del precepto procesal. La única excepción la constituye el supuesto adelantado, b): existe interés casacional *per se ipso* si se alega un quebrantamiento procesal (precepto constitucional) si no existe doctrina jurisprudencial sobre el mismo.

##### Interés casacional en el ALMEP 2020

En esencia, se suprime el acceso a casación por razón de la cuantía y mantiene los restantes (en este punto existe cierta disonancia entre la Epos. de motiv. y el art. 477según el ALMEP[[124]](#footnote-124)) supuestos: derechos fundamentales sustantivos e interés casacional. Este se configura como en la actualidad: ausencia de doctrina jurisprudencial o contradicción. Aunque en el primer caso y a diferencia de lo que sucede hoy y se prevé en el APLECRIM, se ha suprimido el límite temporal de vigencia de la norma. Y además, se introduce un nuevo supuesto de interés casacional, ciertamente subjetivo: art. 477.4 LEC ALMEP. “En todo caso, se considerará que el recurso presenta interés casacional cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica.”

Debe notarse que no se ha contemplado, a pesar de la propia opinión de la Sala Primera, la necesidad de *overruling*, aunque todo hace pensar que este supuesto se encauzará como un supuesto de “interés general”.

Mas la especial singularidad del ALMEP es que, tal y como está redactada y como se desprende del apartado VI de la Expos. de motiv., la existencia de interés casacional ya no se circunscribe al ámbito sustantivo, sino que la contradicción o inexistencia jurisprudencial se puede predicar también directamente de las normas procesales. Aspecto que teóricamente resulta laudable pero que puede comprometer la carga de trabajo del TS, sobre todo en el ámbito de la admisión (un problema específicamente abordado en el apartado señalado de la Expos. de motiv.

##### Aspectos procedimentales

###### La flexibilidad de la Sala Segunda respecto a los requisitos procedimentales

La flexibilidad de la Sala Segunda del TS frente a lo que sucede con la Sala Primera, resalta aún más cuando nos enfrentamos a los aspectos procedimentales.

La Sala Primera del TS, en el Acuerdo de 2017 al que nos venimos refiriendo no ha perdido la oportunidad de pormenorizar hasta el detalle cómo debe ser la estructura de los escritos del recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación, cómo han de citarse las sentencias, cuándo, de qué forma y hasta dónde puede procederse a la transcripción del contenido de las mismas, la extensión del recurso[[125]](#footnote-125)…

Ni en el Acuerdo de 2016 de la Sala Segunda que nos ocupa, ni en la jurisprudencia posterior puede encontrarse un detallismo formalista semejante. Así, se cuenta a estos efectos con el antecedente directo de la casación para unificación de doctrina en el ámbito del régimen penitenciario, donde resultó preciso determinar el procedimiento a seguir ante la ausencia de regulación alguna en la Disp. Adicional Quinta 8. LOPJ, y el TS procedió a hacerlo con notable sencillez y antiformalismo[[126]](#footnote-126).

De hecho, en el Acuerdo de 2016, apartado e) Primero[[127]](#footnote-127), únicamente se reafirma que la providencia de inadmisión resulta irrecurrible a tenor de lo previsto en el art. 892 LECrim (allí se dispone que la resolución sobre la admisión o inadmisión y la adhesión resulta irrecurrible).

###### La competencia para decidir sobre la concurrencia del interés casacional únicamente puede recaer en el TS

Es evidente que, por su intensidad respecto a un aspecto de la legitimación del recurrente, el análisis de la existencia del interés casacional solo puede llevarlo a cabo la propia Sala Segunda, de suerte que no cabe que las Audiencias denieguen la preparación del recurso por entender que se carece de dicho requisito, art. 858 LECrim. De hecho se indicó que, aun cuando formalmente se trata de una cuestión que encaja en el art. 884.2º LECrim (se inadmitiría por no tratarse de una resolución prevista en el art. 847 LECrim), en realidad estamos en presencia de una exigencia que, por intensidad y contenido, debería entenderse englobada en el art. 885.1 LECrim (el recurso carecería manifiestamente de fundamento ante la ausencia de interés casacional).

La conciencia de que este presupuesto solo puede analizarlo el TS también la poseía el propio legislador cuando incardinó, con la imprecisión reseñada, en esa misma Sección 5ª “De la sustanciación del recurso”, la única referencia al interés casacional en toda la LECrim, art. 889.II, al consentir que la inadmisión por este motivo se haga, por el TS, excepcionalmente, mediante providencia sucintamente motivada.

La circunstancia expuesta ha sido puesto de relieve muy pronto por el TS al resolver recursos de queja cuando las Audiencias habían denegado la preparación de la casación por falta de interés casacional[[128]](#footnote-128).

La propia Sala Primera del TS, cuando explicita la regulación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, también libera a las Audiencias de la carga de examinar la concurrencia del interés casacional, dentro de todos los presupuestos que ha pormenorizado. Así, de los once supuestos comunes enunciados, (hasta la letra k), las AAPP, en el momento de interposición, solo comprueban que la resolución reúne los requisitos (debe entenderse formales) y la existencia de gravamen[[129]](#footnote-129).

###### La inadmisión por providencia sucintamente motivada resulta irrecurrible

En el punto quinto del primer apartado del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda que nos ocupa[[130]](#footnote-130), el TS se limita a recordar una cuestión evidente, que la providencia de inadmisión de la nueva modalidad casacional resulta irrecurrible tal y como dispone el art. 892 LECrim (la resolución sobre la admisión del recurso resulta irrecurrible).

###### La necesidad de que sea el Pleno quien fije la doctrina jurisprudencial

Aunque no se explicita, parece evidente que si se trata de fijar doctrina jurisprudencial cuando no existe porque hasta entonces el TS no se había pronunciado sobre dicha cuestión, por la juventud de la norma, o porque acontece contradicción jurisprudencial entre las Audiencias, corresponderá al Pleno de la Sala dicha misión. Así ha sucedido con la jurisprudencia a la que hemos venido haciendo referencia.

Por el contrario, no se requiere el pronunciamiento del Pleno cuando el interés casacional estribe en la oposición a la jurisprudencia del Alto Tribunal, salvo en la hipótesis de que este desee modificar su propia jurisprudencia.

###### El problema de la interposición simultánea o sucesiva del recurso de amparo respecto de aquellas cuestiones que no se pudieron plantear en la nueva modalidad de la casación

Mas el gran dilema procedimental es el señalado con gran acierto por el propio TS desde muy temprano[[131]](#footnote-131), y que como también precisa, no le corresponde solventar: se trata de determinar qué sucede con los quebrantamientos de forma que comportan también una lesión de un derecho fundamental procesal, lo que sucederá en casi todos los supuestos, como se ha venido señalando, y que no pueden alegarse en la nueva modalidad de la casación, pero que sí tienen acceso a amparo. ¿Puede el recurrente en casación interponer ambos recursos simultánea o sucesivamente? ¿Y las otras partes? No puede ignorarse que a un dilema parecido se enfrentó el autor de la LEC, al demediar la antigua casación civil en dos recursos extraordinarios alternativos, el extraordinario por infracción procesal y la nueva casación, ante dos tribunales diferentes. Aunque en este caso se trataba de dos recursos en el mismo orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. El hecho de que no llegara, en última instancia, a hacerse efectiva la opción del legislador y el TS siga conociendo de ambos (salvo las hipótesis de derecho especial o foral), permite, con la importante salvedad anunciada, contrastar las soluciones que se ofrecieron.

Como señala la Sala Segunda, no se trata de una cuestión procedimental que le competa a ella decidir (aunque señala varias soluciones, tramitación paralela o posterior del amparo; en ningún caso la exclusión de una vía de impugnación), puesto que a efectos de su competencia funcional, la extensión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional es algo ajeno o indiferente y sobre lo que no puede pronunciarse, por la propia posición de este Tribunal como órgano constitucional, ajeno a cualquiera de los poderes del Estado, art. 1 LOTC. Corresponde pues, a legislador o al propio TC, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.Uno LOTC, a efectos de garantizar su independencia, decidir sobre esta cuestión. Ahora bien, en tanto se producen estos pronunciamientos, sí que pueden establecerse unas reglas generales que resultan aplicables en todo caso.

La cuestión a dilucidar estriba en determinar la coexistencia, simultánea o sucesiva de dos recursos (o procesos en el caso del amparo) diferentes cuyos objetos son diversos y excluyentes frente a una misma resolución.

A esos efectos hay dos criterios que entran necesariamente en liza: 1) la posición de los tribunales que ostentan la competencia funcional (jurisdicción en el caso del amparo) para conocer de los recursos o procesos; 2) el vínculo que existe entre los objetos de cada recurso, en concreto la posible prejudicialidad entre ellos.

Se trata de criterios jerárquicos y complementarios; el primero es el decisivo porque no cabe obviar la graduación entre los órganos previstos por el legislador al configurar el Poder judicial en cada uno de los órdenes jurisdiccionales y las relaciones entre ellos (los posibles conflictos), así como la relación entre los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional y el TC. El caso que nos ocupa atiende a la interrelación entre un recurso extraordinario ante la jurisdicción ordinaria y un proceso constitucional ante el TC. Y a esos efectos es el propio legislador quien, a tenor del mandato contenido en el art. 161.1.b) CE, ha desarrollado la interrelación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional cuando se trata del amparo en el Tit. III, cap. I de la LOTC: la subsidiariedad, temporal y objetiva, de la segunda, por cuanto se exige agotar los mecanismos previstos en la jurisdicción ordinaria, arts. 43 y 44 LOTC (salvo que se trate de actos parlamentarios sin valor de ley, art. 42 LOTC) y que la cuestión no se plantee *ex novo* ante el TC (de ahí la necesidad del incidente de la nulidad de actuaciones, arts 241 LOPJ y 228 LEC). La solución consiste, pues, en que hasta que el TS no haya conocido de la casación, el TC no puede enjuiciar el amparo. No es un obstáculo a esta conclusión que la lesión del derecho fundamental procesal no se pueda plantear en el recurso de casación, por dos motivos: primero porque la competencia del TC no puede interferir el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria (un motivo más de la subsidiariedad), por eso la regla es que la interposición del amparo no se puede realizar hasta la resolución definitiva (salvo en supuestos absolutamente excepcionales como la prisión provisional, STC 9/94) art. 44.2 LOTC, y, segundo, porque la resolución del recurso de casación puede dejar sin contenido el recurso de amparo.

Mas la respuesta que se ha ofrecido, que el TC no conozca hasta que el TS lo haya hecho, no despeja los interrogantes esenciales formulados; dado que existe un plazo (20 días, art. 43 LOTC, 30 días art. 44 LOTC) para interponer el amparo, cuándo y quién puede hacerlo. Porque, efectivamente, nada impediría la interposición de un recurso de amparo supeditada a lo que resulte del recurso de casación.

La solución dependerá según sea la parte que trate de simultanear la casación y el amparo: si es la misma u otra.

Respecto al mismo recurrente, la solución, en principio, consistiría en entender que carece de legitimación para plantear simultáneamente la casación y el recurso de amparo (aunque la tramitación de este estuviese supeditada), en atención a su propia conducta: ha elegido de entre alguno de los mecanismos que ha puesto a su disposición el legislador. Así, es el ejercicio de su propia libertad la que, al optar por un mecanismo de revisión, le cierra el otro. Una argumentación que vendría reforzada por la relación que existe entre los objetos de la casación “sustantiva” y el amparo (principalmente derechos fundamentales procesales). Efectivamente, a efectos del tratamiento procesal de las infracciones de ley y los quebrantamientos de forma, *infra*, existe un vínculo de prejudicialidad temporal entre ambas: dado que los quebrantamientos de forma acontecen antes de la aplicación de la ley sustantiva (incluso cuando tienen lugar en el mismo momento de aplicación de esta, *in iudicando*, anteceden secuencialmente a la infracción de ley), deben ser resueltos previamente, en tanto en cuanto se entiende que si no se han respetado las formalidades esenciales del rito se impide el adecuado, justicia formal, pronunciamiento sobre el fondo. Así se regula en todos los recursos ordinarios y extraordinarios. Además, y precisamente, por ello, de ser estimados, en el caso de los recursos extraordinarios, si se trata vicios *in procedendo* (y en algún caso *in iudicando*), *infra,* dejan sin contenido a la infracción de ley y obligan a retrotraer.

Por eso, si el recurrente entiende que existe la infracción de un derecho fundamental procesal, necesariamente ha de apostar por la vía procedimental, aunque sea el amparo, prevista para su remedio. No resulta admisible plantear simultáneamente dos mecanismos, a sabiendas que aunque uno debe preceder a otro, sin embargo, en atención a las circunstancias, el orden para resolverlos será el inverso. Porque al obrar de esta manera, dando preferencia a la infracción de ley sustantiva, se está reconociendo, con la propia conducta, que no resulta tan trascendental el quebrantamiento de forma cuyo conocimiento se subordina al de la infracción de ley, y que además podría resultar excluido de existir el primero[[132]](#footnote-132). En definitiva, si el recurrente opta por la denuncia de la infracción del precepto sustantivo en primer lugar, está llevando a cabo un desistimiento implícito respecto a la posible alegación de un quebrantamiento de forma (en este caso la lesión de un derecho fundamental procesal), que tendría que haberse conocido antes. Esta fue la perspectiva adoptada en la LEC, art. 478.2, según la cual si la misma parte simultanea la casación (sustantiva) y el recurso extraordinario por infracción procesal, “se tendrá por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.”.

Ahora bien, la solución de la LEC no resulta extrapolable por dos circunstancias:

* Primero, porque el esquema pergeñado para dos recursos extraordinarios ante tribunales distintos del mismo orden jurisdiccional, no resulta parangonable al supuesto que nos ocupa: recurso extraordinario ante el TS y amparo ante el TC. El primero es un derecho de desarrollo legal mientras que el segundo es una imposición del plano de constitucionalidad, arts. 53 y 161.1.b) CE, por eso, al configurar los recursos, se puede obligar a elegir entre uno u otro[[133]](#footnote-133), con las consecuencias apuntadas, pero no cabe diseñar un recurso ante los tribunales ordinarios en el que no se permita alegar el objeto del amparo y a la vez, sin ofrecer una alternativa a este ante la jurisdicción ordinaria (para plantear la oportuna lesión del derecho fundamental), impedir que si interpone aquel, se suscite dicha cuestión al TC (aunque sea supeditamente). Esta es la diferencia fundamental entre la nueva modalidad de la casación y el esquema originario de la LEC: en este se podía optar por cualquiera de los dos recursos, de manera que si se elegía la casación y se interponía a la vez el amparo, cabría inadmitir este, señalando que no se había agotado los mecanismos previstos ante la jurisdicción ordinaria (no se había interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal) para impetrar la tutela de lo que ahora se pretendía en amparo.
* Segundo, existen hipótesis en las que la relación de exclusión o antagonismo entre el quebrantamiento de forma y la infracción de ley, y que obliga a conocer primero de aquel, no acontece. Es decir, en ocasiones, los dos vicios pueden coexistir o incluso la infracción de ley, de tener lugar, excluiría la trascendencia del quebrantamiento procesal. Sucede así, por ejemplo, y fundamentalmente, cuando se alega la incongruencia por *ultra petita* (en lo civil, *e.g.* se ha condenado a mayor cantidad de la solicitada por el demandante y en lo penal se ha impuesto más pena de la solicitada por la acusación), pero también se aduce la indebida aplicación del precepto sustantivo por una inadecuada subsunción del relato fáctico (*e.g.,* los hechos alegados no supondrían un incumplimiento de la obligación en lo civil o la tipicidad de la conducta en lo penal). En estas hipótesis, evidentemente, optar primero por denunciar la infracción del precepto sustantivo no puede suponer, desde la óptica de la lógica, un desistimiento implícito respecto del quebranto del derecho fundamental procesal.

Todo ello, nos conduce a entender que cabe la interposición, por el mismo recurrente, simultánea de la nueva modalidad de la casación y el amparo, aunque la tramitación de este resulte supeditada al resultado de la casación (en la medida en la que este puede privar de contenido a aquel).

El TC no ha llegado a resolver aún esta cuestión, aunque parece inclinarse por la interposición del amparo una vez que se haya agotado la vía jurisdiccional ordinaria ATC 40/2018, FJ 7[[134]](#footnote-134). En estos casos, si se imputa la lesión del derecho fundamental al tribunal de segunda instancia, al margen de la interposición de la casación, resultará preciso interponer el incidente de nulidad de actuaciones, arts. 241 LOP y 228 LEC.

La conclusión expuesta, permite aseverar que con mayor motivo cabe que una parte diferente a la que interpone la nueva modalidad de la casación, pueda simultáneamente plantear el recurso de amparo. Solución que incluso el legislador previó en la LEC cuando se trata de los dos recursos extraordinarios allí regulados en su esquema original, arts. 472 y 488 (el recurso de casación se tramitaría hasta decidir su admisión y luego quedaría en suspenso)[[135]](#footnote-135).

Por eso mismo, si quien no recurre inicialmente en casación, y plantea el amparo, se adhiere posteriormente a aquel, dentro de los límites señalados por la jurisprudencia[[136]](#footnote-136), tampoco pierde la legitimación para seguir sosteniendo su pretensión ante el TC.

###### La exclusión de las sentencias que se limitan a declarar la nulidad de las sentencias dictadas en primera instancia solo atañe a la modalidad ordinaria

Como se señaló, esta previsión genérica del art. 847.2 LECrim únicamente atañe a la versión ordinaria de la casación: la proclamación de la nulidad de las actuaciones solo puede acontecer por la apreciación de un quebrantamiento de forma, ya sea *in procedendo* o *in iudicando*, que en el recurso ordinario o extraordinario no puede subsanarse. Las infracciones de preceptos sustantivos, *in iudicando,* siempre pueden corregirse en el recurso. Y como en la nueva modalidad solo puede aducirse la infracción de un precepto de dicha naturaleza, es imposible que una sentencia que proclama la nulidad de las actuaciones comporte ese quebrantamiento.

Además el legislador y la jurisprudencia yerran al tildar dichas resoluciones como sentencias no definitivas[[137]](#footnote-137) (y por ende interlocutorias) por dos motivos. Por un lado, porque a día de hoy, una sentencia es siempre una resolución definitiva. Y es que frente a lo que acontecía históricamente[[138]](#footnote-138) (la sentencia de remate en el juicio ejecutivo de la Lec de 1881 era uno de los últimos vestigios), no existen en nuestro país incidentes que se resuelvan por sentencia[[139]](#footnote-139). De hecho, el art. 206.1.3ª LEC precisa el contenido los arts. 245.1.c) LOPJ y 141.IV LECrim, señalando que las sentencias se dictan cuando hay que poner fin al proceso (primera, segunda instancia, recursos extraordinarios y revisión), una vez que ha concluido su tramitación ordinaria[[140]](#footnote-140). Por otro lado cuando legislador y jurisprudencia se refieren a sentencias no definitivas (interlocutorias) como aquellas que declaran la nulidad de lo actuado en la instancia, y también con precedentes históricos[[141]](#footnote-141) ya superados a tenor de la legislación señalada, incurren en otra inexactitud: contraponen “interlocutoriedad” a pronunciamiento sobre el fondo, cuando se trata de dos categorías diferentes. Lo interlocutorio (*inter-loquor-eris-locutus)*, mientras se habla (porque solo las sentencias definitivas eran escritas) o procede (andando o corriendo el pleito[[142]](#footnote-142)) es lo opuesto a definitivo: lo que pone fin al proceso[[143]](#footnote-143). Por eso, en la actualidad*[[144]](#footnote-144),* toda resolución que provoca tal efecto es definitiva, ya se trate de un incidente (auto o decreto) o de la sentencia. La categoría opuesta a pronunciamiento sobre el fondo[[145]](#footnote-145) no es otra que la de absolución en la instancia: cuando no se puede entrar a conocer del objeto planteado por existir, habitualmente, un impedimento procesal. De esta manera, la sentencia que declara la nulidad de lo actuado en primera instancia es siempre una resolución definitiva (nunca interlocutoria) de absolución en la instancia contrapuesta a la sentencia de fondo. El problema es que históricamente ha sido muy residual el empleo de esta categoría en lo penal al señalar el legislador, con gran imprecisión, que la absolución se entenderá libre en todo caso, art. 144 LECrim (transcripción literal del art. 89 de la Lecrim de 1872). Un precepto que rectamente entendido no prohíbe las sentencias de absolución en la instancia (lo que es imposible: si existe cosa juzgada, falta de jurisdicción o competencia…), sino que únicamente impide que se dicte una sentencia de esa clase cuando no existe prueba suficiente para condenar[[146]](#footnote-146).

### La reforma de la casación ordinaria

La segunda tarea a la que se enfrentaba el TS consistía en delimitar el ámbito de la modalidad ordinaria de la casación tras la reforma. Ya se ha expuesto que el legislador había señalado el diagnóstico y el remedio de uno de los principales males, junto a la inexistencia de doctrina jurisprudencial en los delitos de menor entidad, que aquejaban a nuestro recurso extraordinario por excelencia: la inexistencia de la segunda instancia en los delitos de mayor gravedad forzaba, por mor del derecho al condenado a un recurso, art. 14.5 CEDH, a expandir, hasta el extremo de desnaturalizarla, los límites de la casación. De esta manera, a través de una interpretación flexible de los motivos de este recurso se desvirtuaba la misión del TS como máximo intérprete de la ley penal. Había, pues, que recuperar la principal misión del Alto Tribunal, la nomofiláctica (que junto, o a través, a la uniformidad de la jurisprudencia se incardina dentro de la tutela del *ius constitutionis*). Y la tarea de la reinterpretación de los motivos del recurso correspondía, por la propia naturaleza de la encomienda, a la propia Sala Segunda.

Mas ya habíamos adelantado unas consideraciones que sintetizamos: la restricción en la intelección de los motivos de casación solo podía referirse a los quebrantamientos de forma. Ahora bien, dada la superposición entre el plano de legalidad y constitucionalidad, el verdadero interrogante estriba en saber si es posible una perspectiva restrictiva de los derechos fundamentales procesales en casación. Y ya razonamos que ello resulta imposible epistemológica y ontológicamente: los derechos fundamentales procesales no ostentan un contenido diferente según la dimensión o grado en el que se proyecten. Los derechos fundamentales gozan, necesariamente, de la propiedad isotrópica: se comportan de la misma manera, como consecuencia de su inmutable estructura interna, con independencia del lugar donde se encuentra o de la posición en la que sitúa el observador.

Suscitaba pues, una gran curiosidad, cómo iba a resolver el TS el problema de la interpretación restrictiva (o no flexible) de los derechos fundamentales procesales.

De la jurisprudencia del TS lo primero que resalta es que comparte el mismo discurso que el legislador: la función nomofiláctica referida a los preceptos sustantivos es la principal misión del TS a través del recurso de casación, que se ha visto difuminada por la necesidad de tutelar los derechos fundamentales, en especial el derecho del condenado a un recurso.

#### La influencia e importancia de la jurisprudencia del TS sobre la nueva modalidad casacional en la ordinaria

Lo segundo que destaca es que el discurso del Alto Tribunal también lo comparte el TC. Y en tercer lugar, también es digno de mención que este relato se formula, por ambos tribunales, al amparo de la nueva modalidad casacional, precisamente cuando se ubica a esta en el adecuado contexto histórico. Además, al circunscribirse la nueva versión a la infracción de los preceptos sustantivos (excluidos, excepcionalmente, *supra*, los del plano constitucional o *rectius* rebajados a una labor complementaria), era la excusa perfecta para resaltar que este ámbito era precisamente el natural de la casación. Así, en la primera ocasión que se aborda la nueva modalidad casacional, y como punto de partida, se deja constancia de que la función nomofiláctica (del precepto sustantivo, se entiende) es la esencial o “genuina” de la casación aunque se haya visto “arrinconada”, “minimizada”, “eclipsada”, “enturbiada” y “difuminada” por otras misiones irrenunciables con el paso del tiempo[[147]](#footnote-147). Y los principales responsables de este fenómeno no son otros que los derechos fundamentales procesales (la ausencia de la apelación y el derecho del condenado al recurso no deja de ser uno de ellos) que, sobre todo, habrían obligado a una revisión del material fáctico ausente en el modelo casacional originario[[148]](#footnote-148).

#### La adhesión del TC a las tesis del TS

Como se ha anticipado, el razonamiento del TS suscita la inmediata adhesión del TC, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la interpretación que hace aquel tribunal de la nueva modalidad casacional. Y con esa excusa, la misma que utilizó el TS, el TC se apresta a explicarnos en qué consiste realmente, según el, la esencia (“la naturaleza penal” *sic*) de nuestro recurso extraordinario. Así se proclama que la tutela de los derechos fundamentales ha supuesto una atribución complementaria que ha difuminado la función exclusivamente nomofiláctica de la casación[[149]](#footnote-149). Nótese el sobreentendido de que solo existe dicha función o cometido respecto de los preceptos sustantivos. En definitiva, los derechos fundamentales, su intensidad, habrían sido el factor desencadenante de una suerte de pirólisis de la esencia de la casación. Más concretamente se nos explica, a modo y semejanza del TS, que la ausencia de una segunda instancia en los delitos de mayor entidad, comportó una exégesis necesariamente flexible de la casación, sobre todo para tutelar la presunción de inocencia[[150]](#footnote-150).

Así el TC aclara inmediatamente que por eso en 1985 se consintió el error de hecho, para poder acceder, limitadamente, al ámbito fáctico. Ya hemos denunciado esta confusión histórica, que supone ignorar: a) primero que ya estaba implantado este motivo en lo penal desde 1933, con el precedente civil de 1881 y, a su vez, el antecedente previo en lo penal de 1870, de suerte que la revisión limitada de la *quaestio facti* no resulta de la CE sino que es una característica histórica de nuestra casación; b) segundo, que es la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, y no la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, la que, para impedir la abitrariedad, art. 9.3 CE, impone directamente ese error en todos los órdenes jurisdiccionales (junto a la proscripción de la irracionalidad manifiesta de la fundamentación del relato fáctico).

Mas el TC insiste en que precisamente, para la tutela de los derechos fundamentales en casación existe la previsión del art. 5.4 LOPJ y quince años más tarde la del art. 852 LECrim. A este respecto, causa no poca sorpresa que el TC sostenga que la posibilidad de tutela del plano de constitucionalidad en la casación penal cuando era el único recurso frente a los delitos de una cierta entidad, provenga de estos dos preceptos[[151]](#footnote-151) y no de la aplicación directa de los preceptos constitucionales (un aspecto que, como se hizo notar, destacó precisamente el legislador al referirse a la redacción del art. 5.4 LOPJ), en especial de los derechos fundamentales, como si estos siguieran teniendo una naturaleza programática. Claro que esta omisión puede resultar interesada si a renglón seguido se va a justificar la exégesis del TS respecto a la nueva modalidad de la casación, según la cual si se excluyen los dos preceptos anteriores, el art. 849.1 LECrim debe entenderse referido exclusivamente al plano de legalidad sin incluir al de constitucionalidad.

Pero, se concluye, en este planteamiento genérico acerca de la casación, este panorama se ha alterado con la generalización de la segunda instancia, de suerte que el recurso de casación penal ya se equipara al del resto de los órdenes jurisdiccionales[[152]](#footnote-152).

En definitiva, la síntesis del correlato histórico del TS y TC de la casación penal (al referirse a la nueva modalidad) consistiría en: función originaria nomofiláctica sustantiva – añadido de misiones complementarias, sobre todo la de la tutela de los derechos fundamentales que difuminan o enturbian aquella – ensanchamiento, en especial por la presunción de inocencia, de la revisión del material fáctico – nuevo marco histórico al generalizarse la segunda instancia que permitiría el retorno al punto de partida.

En este punto ni el TS ni el TC enuncian expresamente cuál es la solución o el horizonte deseable para la casación en su modalidad ordinaria, algo lógico por cuanto se estaba examinando la nueva versión de la misma, pero sí que parece evidente que, elaborado el diagnóstico a través de la sintomatología, no existe otra solución que restringir, ya veremos cómo, si es que es posible, el juego de los derechos fundamentales procesales en casación y especialmente de la presunción de inocencia.

Con esta perspectiva, resulta ya más comprensible el fenómeno consistente en que las consideraciones que hace el TS respecto a la nueva modalidad casacional tienen una eficacia expansiva respecto de la casación ordinaria. Ello no debería suponer un gran problema (aunque haya que constatar hasta qué punto son exactas) si se limitase a las consideraciones genéricas, las que han enmarcado a grandes rasgos las vicisitudes por las que ha atravesado el recurso, mas tiene, en nuestra opinión, el efecto pernicioso de alentar una perspectiva sesgada de la casación: la nueva modalidad casacional representaría la versión más “pura” o ideal de lo que debería ser este recurso extraordinario, en tanto que versión especular del auténtico modelo “originario” esto es, centrado exclusivamente en la infracción del plano de legalidad de preceptos sustantivos, a la que resultan ajenos los quebrantamientos de forma, hoy travestidos de derechos fundamentales procesales. Y por si no fuera suficiente, excluyendo casi por completo al “quinto en discordia”: el TC. Es la cuadratura perfecta del círculo: el TS vuelve a ser el último intérprete de lo que realmente es su ámbito natural de conocimiento: los preceptos sustantivos en el plano de legalidad. Se habría así conseguido (aunque sea en un ámbito reducido) lo que el autor de la LEC no pudo lograr (de hecho en su modelo casacional no se excluye, porque resulta imposible, *supra,* la lesión de los derechos fundamentales sustantivos).

Por eso, no es de extrañar que, como vamos a comprobar, cuando el TS aborda la versión ordinaria de la casación deslice afirmaciones de la propia Sala, en especial de la STS 210/2017, cuyo acomodo exclusivo o principal solo puede ser el de la nueva modalidad recién implantada.

#### El TS y la casación ordinaria

##### Alineamiento con las premisas del legislador y de la jurisprudencia, propia y del TC, cuando se pronunció sobre la nueva modalidad casacional

La STS 476/2017[[153]](#footnote-153) es a la versión ordinaria de la casación el equivalente a la STS 210/2017, respecto a la nueva modalidad. En ella se explicita cuál va a ser el nuevo diseño de la casación clásica, de suerte que su fundamentación se ha reproducido en multitud de resoluciones posteriores, expresa o implícitamente[[154]](#footnote-154). Por eso el análisis que realizamos se vertebra en torno a la primera, la sentencia “cero”, explicitando las corroboraciones de sus postulados en resoluciones posteriores.

Lo primero que se hace es justificar (en claro continuismo con el legislador y la jurisprudencia de la propia Sala y del TC relativa a la nueva modalidad) la necesidad de afrontar una nueva perspectiva de la casación: el panorama del proceso penal ha cambiado radicalmente con la generalización de la segunda instancia. Allí ya las partes han recibido la tutela de sus intereses, en especial de sus derechos fundamentales procesales, y sobre todo el derecho al recurso del condenado. De esta manera surge, pues, un nuevo modelo de casación más acorde con sus orígenes históricos; ya puede y debe reorientarse a su finalidad esencial, la nomofiláctica, que es la que proporciona seguridad jurídica, igualdad y unidad en la intelección jurisprudencial de los preceptos[[155]](#footnote-155).

##### La necesidad de reducir la revisión de la *quaestio facti* y centrar el problema en la presunción de inocencia

A continuación se transcriben ciertas consideraciones del Preámbulo (apartado V) de la L 41/2015, concluyendo que, a tenor de estas, el nuevo carácter restrictivo de la casación (en contraposición a su expansión a nuevos delitos) estriba en reducir la revisión de la cuestión fáctica en ella[[156]](#footnote-156).

Lo cierto es que, dicho con todos los respetos, de todas las palabras del legislador recogidas en la sentencia, solo avalan esa idea las primeras: que antes de la casación ya existirá una apelación, puesto que las restantes atañen, casi exclusivamente, a la nueva modalidad que se implanta. Como hemos hecho notar *supra*, la fuerza restrictiva, según el legislador, en un párrafo diferente a los transcritos (se encuentra en el apartado IV del Preámbulo), que opera sobre la nueva casación se refiere a una interpretación menos flexible de los motivos del recurso en general. También explicamos que ello, unido a la manifestación previa del propio legislador, según la cual la función decisiva de la casación es la tutela de la ley penal, así como a la propia naturaleza irreductible de las infracciones de ley, implicaba que la tensión restrictiva se cerniría exclusivamente sobre los quebrantamientos de forma/derechos fundamentales procesales. Precisamente la pormenorización de cómo llevarlo a cabo (si es que resulta posible) era la misión del TS a través de la oportuna exégesis de esos motivos. Sin embargo, como se puede constatar, el TS ya en esta sentencia pionera ha centrado sus esfuerzos en un aspecto muy concreto: en la necesidad de restringir la revisión de la *quaestio facti*. De hecho, ya anteriormente al abordar la nueva modalidad el TS, *supra,* ya había llegado a idéntica conclusión, STS 210/2017 de 18 de marzo, FD Primero, aduciendo que se había producido “un estiramiento de las posibilidades de revisión probatoria en casación tan restringidas (casi ausentes) en el diseño tradicional de tal recurso extraordinario”.

El TS centra así sus esfuerzos exegéticos en reducir la revisión de la *quaestio facti* porque tiene muy claro que ese es el paso decisivo para tratar de alterar la fisonomía actual de la casación penal. Ya se ha explicado suficientemente el juego, así como la diferente intensidad, de la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia en la revisión de la construcción del relato fáctico, además de las consecuencias procesales que comporta la última. Pues bien, el TS, como se va a comprobar, con habilidad, a la hora de justificar la nueva casación (más sustantividad, menos procesalidad), se centra exclusivamente en esta última. Nótese que se aparca no solo el problema dogmático, irresoluble, de cómo proceder a la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales procesales, sino también el de la necesidad de revisión limitada de la *quaestio facti* por las exigencias constitucionales señaladas en todos los órdenes jurisiccionales, para fijar su atención en aquello que desborda a la casación penal y la diferencia de todas los restantes: la revisión de la actividad probatoria impuesta por la presunción de inocencia. Y es que, evidentemente, se es muy consciente que si se logra reducir el examen de la misma, la casación penal alteraría radicalmente su perfil, cuantitativa y cualitativamente, y se asemejaría a sus homónimas en los restantes órdenes jurisdiccionales.

##### La casación como un recurso que responde más a la necesidad de seguridad jurídica, art. 9.3 CE, que a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE

Y es entonces cuando se cita como apoyo a la STS 210/2017, según la cual, estamos más ante una casación que se debe a la seguridad jurídica, art. 9.3 CE, que a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE[[157]](#footnote-157). El problema es que esta afirmación propedéutica tiene un marco muy específico: la nueva modalidad de la casación (en la que está excluida el art. 24 CE), mientras que ahora se generaliza sin límite alguno, descontextualizándola. Es verdad, sin embargo, que al implantarse la segunda instancia para el condenado ya, en términos estrictos, la casación no resulta una imposición sino que torna a lo que siempre ha sido: un recurso extraordinario configurado según el deseo del legislador. Pero es que la afirmación según la cual un recurso responde más a las exigencias de seguridad jurídica que a la tutela judicial efectiva, resulta aplicable por igual a cualquier recurso ordinario o extraordinario (con la salvedad del condenado), pues al ser el derecho al recurso un derecho de desarrollo legal, que depende de la voluntad del legislador tanto en su existencia como en su amplitud, siempre se puede aducir que nunca resulta preciso por mor de la tutela judicial efectiva y que si se implanta es fundamentalmente para otorgar seguridad jurídica y asegurar el principio de igualdad en la aplicación de la ley

Indudablemente, como se explicará*,* la casación desde su configuración inicial, seha caracterizado más por su inclinación hacia la tutela del *ius constitutionis* que del *ius litigatoris*, pero no lo es menos que nuestra casación, como se apuntó y abundará *infra,* ha reequilibrado dicha situación mediante la supresión del reenvío en las infracciones de ley (y después en los quebrantamientos de forma *in iudicando)*, casi originariamente, así como admitiendo, desde muy temprano, la revisión limitada de la *quaestio facti*. Y a ello ha de sumarse el juego de los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE. Por ello el planteamiento del legislador, y de la jurisprudencia nos parece, con todos los respetos, incompleto: el que se haya expandido, en lo penal, la revisión de la *quaestio facti*, a través de la presunción de inocencia, no es sino un síntoma del fenómeno descrito: desde la CE, la casación se asemeja a los restantes recursos porque se refuerza la tutela del *ius litigatoris* a través del art. 24 CE (no solo mediante la presunción de inocencia). De hecho, bien mirado, y contrastándola con un recurso ordinario, la diferencia respecto de la tutela del *ius litigatoris* que allí tiene lugar, *infra,* es la amplitud de la revisión de la *quaestio facti*:que el error en la valoración de la prueba se admite muy limitadamente y no cabe practicar nueva prueba (así como la consiguiente necesidad de reenviar en el caso de los quebrantamientos de forma *in procedendo*), además de que se exige una arbitrariedad patente de la fundamentación del relato fáctico para poder proclamarla. Precisamente, en lo penal, el margen de diferencia se estrecha ya que no existe en la actualidad un recurso ordinario para las partes acusadoras y el acusado ostenta la presunción de inocencia que amplía las facultades de revisión de la construcción del relato fáctico (se consiente el control, explicado, de los medios de prueba y el examen de la arbitrariedad de la fundamentación de la *quaestio facti* resulta coextenso al que acontece en la apelación; además de la posibilidad de dictar un nuevo pronunciamiento sobre el fondo). De esta suerte, a efectos del acusado, la única diferencia con la apelación es que en casación no cabe volver a valorar la prueba no personal y practicar (y valorar) nueva prueba. Y, precisamente por este motivo, la presunción de inocencia es contemplada por la mayoría de la jurisprudencia del TS como un auténtico caballo de Troya, que si bien no puede ser expulsada, sí que ha de ser reducida al máximo.

La verdadera diferencia entre la casación y los restantes recursos, incluidas las “apelaciones extraordinarias”, estriba en la mayor eficacia material y procesal de los fallos que allí tienen lugar, por tratarse, habitualmente, del último tribunal, *infra.* De ahí que la perspectiva adecuada de la casación, en lugar de centrarse en la relativa dicotomía: tutela del derecho objetivo-subjetivo, o lo que es lo mismo, *ius constitutionis - ius litigatoris*, atiende a la posición subjetiva del TS, *infra,* respecto del ordenamiento jurídico.

Por eso, mientras los quebrantamientos de forma se sigan admitiendo (ahora como derechos fundamentales procesales) en la casación, como siempre ha sucedido en nuestro país, la afirmación transcrita no es exacta: los arts. 850, 851 y 852 LECrim desmienten por completo que la casación penal (o cualquier otra) responda más a la seguridad jurídica que al art. 24 CE. Esa afirmación solo se puede sostener en el marco de la nueva modalidad donde se excluyen los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales procesales.

Este es el verdadero dilema de nuestra casación: allí donde están en juego los quebrantamientos de forma no pueden dejar de estar presentes los derechos fundamentales procesales (por el solapamiento entre ambos y la naturaleza consustancial de estos que se construye a partir de aquellos, así como por la eficacia expansaiva de esos preceptos constitucionales) y con ellos, primero a través de la tutela judicial efectiva y después mediante la presunción de inocencia, existe la revisión limitada de la *quaestio facti*.

Por consiguiente, intentar eliminar esta, limitada, revisión de la *quaestio facti* en la casación solo puede hacerse prescindiendo de los quebrantamientos de forma/derechos fundamentales procesales, como en la nueva modalidad casacional o en la casación para unificación de doctrina en el caso de menores y régimen penitenciario o bien, al menos formalmente, en la casación civil (porque siempre cabe interponer a la vez el recurso extraordinario por infracción procesal). Mas si esto no es posible, como sucede en la casación ordinaria, la tarea resulta una utopía.

A esos efectos, solo hay dos caminos: el primero conduce a justificar una tutela más limitada de los derechos fundamentales procesales en casación que en el resto de los recursos. Este es el regalo envenenado del legislador al TS: la búsqueda de “una interpretación menos flexible de los motivos”. Algo imposible, como ya se ha razonado, pues no cabe que el contenido de los derechos fundamentales, se pueda ensanchar o estrechar en función de los recursos. Es como si se hubiese encomendado a la Sala Segunda del TS la búsqueda de Cíbola o Shangri-La: cómo restringir lo irreducible por su propia esencia; el intento de negar la isotropía de los derechos fundamentales procesales y tratar de justificar su anisotropía en casación a resultas de una suerte de singularidad final.

##### La solución: centrar la cuestión en tratar de justificar la restricción de la revisión de la presunción de inocencia en casación

En este punto debe reconocerse la habilidad e inteligencia del Alto Tribunal, pues en lugar de arrostrar directamente el verdadero dilema teórico-dogmático que, por no tener solución, conducía necesariamente al desastre, realiza un giro metodológico: prescinde del todo y se centra solo en un aspecto, circunscribir la revisión de la presunción de inocencia en casación. De esta suerte, ya no hay que razonar cómo se restringe el contenido de los derechos fundamentales procesales en casación, sino limitarse a buscar una excusa para no tener que revisar, con la misma intensidad que anteriormente, la lesión de ese específico derecho fundamental procesal. Que en el fondo es lo único que, como se ha señalado, realmente interesa a efectos prácticos. Si se consigue justificar semejante reducción, se habría logrado lo más importante: asemejar la casación penal a las restantes casaciones (ya solo habría que constatar que existe una fundamentación de la *quaestio facti* que no es manifiestamente irracional y que no ha existido el error patente en la valoración de la prueba). La tarea, en cantidad e intensidad, de la Sala Segunda del TS sufriría una mutación decisiva.

##### La excusa: la tutela de la presunción de inocencia ya ha acontecido en la apelación. Ahora se trata solo de tutelar esa tutela. Los problemas de la misma.

Lo primero que hace el TS, antes de centrar la cuestión en la presunción de inocencia, es buscar una excusa general que justifique la revisión en menor intensidad de los derechos fundamentales procesales en casación. Y en la búsqueda del *casus belli* se utiliza la excusa de los procedimientos ante el Tribunal del jurado, en los que, habitualmente, se accede a casación tras haber existido una apelación[[158]](#footnote-158). De esta manera, en casación lo que se recurre es la sentencia de apelación y no la de la instancia[[159]](#footnote-159). Es decir, el justiciable ya ha contado con una sede en la que se ha tutelado la posible lesión de sus derechos fundamentales procesales en primera instancia.

Ahora bien, esta perspectiva, sin dejar de ser cierta no sirve para responder al verdadero dilema que nos atañe. Únicamente justificaría el porqué de la menor intensidad de la revisión, mas deja en el aire el cómo de la misma, lo decisivo. La cuestión trascendental sigue siendo explicar si es posible que el TS cuando examina si se ha lesionado un derecho fundamental procesal de un justiciable, lo haga en función de unos parámetros más livianos que aquellos que se emplearon con anterioridad por otro tribunal cuando acometió la misma tarea. A estos efectos, ya explicamos que ello es ontológica y epistemológicamente imposible, es decir, que si, por ejemplo, se alegó la parcialidad del tribunal de primera instancia por amistad manifiesta o que no hubo prueba suficiente para condenar, el TS no tiene un canon de constitucionalidad más rebajado que los restantes tribunales, pues lo contrario implicaría que, siguiendo con los ejemplos, o bien la presunta amistad debería ser más intensa en casación que en apelación, o bien tendría que haberse producido una lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio más grave que la que se tomó en consideración en la segunda instancia para obtener la fuente de prueba, o que para constatar la existencia de esas lesiones tendría un tiempo y un espacio más reducido (no podría examinar ciertas actuaciones de la instancia o hacerlo solo durante un plazo más breve). En definitiva, si fuera cierto el planteamiento denunciado, los derechos fundamentales ostentarían una naturaleza cambiante, anisótropa, según la instancia de la que se tratase, de suerte que, como es legislador quien define el ámbito de los recursos, al final sería este quien delimitase el contenido de aquellos.

Además, el grado de acierto de la argumentación del TS se puede contrastar muy fácilmente mediante el análisis de su propia jurisprudencia cuando ha conocido de la casación frente a sentencias del tribunal del jurado que habían sido previamente recurridas en apelación. ¿Cómo es posible que ni jurisprudencia ni doctrina se hayan referido, antes de la sentencia que nos ocupa, a la existencia de esta submodalidad de la casación en la que la tutela de los derechos fundamentales procesales se encontraría en un plano diferente al de la casación ordinaria? Más concretamente, ¿es cierto que en ella se ha tutelado la presunción de inocencia de una forma diversa, más liviana, que en la casación ordinaria?

##### Jurisprudencia del TS sobre el tribunal del jurado

Pues bien, al analizar esa jurisprudencia, y más concretamente en lo atinente a la presunción de inocencia, no hemos podido encontrar resoluciones que avalen las afirmaciones de la Sala Segunda, según la cual se producía históricamente un análisis de aquella más rebajado que en el resto de las casaciones. Únicamente tras la reforma de 2015 se trasplanta al ámbito del jurado el discurso que nos viene ocupando.

Efectivamente, de hecho acontece lo contrario. De entrada, el TS, además de certificar el carácter extraordinario del recurso[[160]](#footnote-160), empezó por constatar que las sentencias dictadas en el ámbito de ese procedimiento están sometidas al mismo ámbito de revisión, no uno más restringido, que en el resto de las casaciones[[161]](#footnote-161) y que, precisamente por eso, le resulta plenamente aplicable el canon atinente a la presunción de inocencia[[162]](#footnote-162).

Eso sí, el TS explicitó la exigencia de la teoría general de los recursos *infra*, según la cual cuando se recurre una resolución, hay que imputar un error a esta, en este caso a la sentencia dictada en apelación, y, consiguientemente, no cabe plantear *per saltum* vicios que se pudieron alegar en segunda instancia[[163]](#footnote-163).

Mas el análisis de la jurisprudencia enseguida constata que, a efectos de comprobar el vicio alegado, el examen directo de las actuaciones de la instancia y del veredicto y sentencia del tribunal de jurado, no solo no resulta vedado sino que deviene imprescindible en muchas ocasiones, sin que resulte posible limitarse al análisis del razonamiento del órgano *a quo*. Así, por ejemplo, sucede cuando se acude al veredicto directamente para calibrar la racionalidad o lógica de las inferencias del jurado[[164]](#footnote-164), o para constatar lo elementos utilizados para corroborar el ensañamiento[[165]](#footnote-165), o si se examinan directamente las actuaciones a efectos de comprobar la existencia de prueba directa[[166]](#footnote-166) en el acto del juicio[[167]](#footnote-167), o el estudio de los informes periciales[[168]](#footnote-168), o la prueba practicada para controlar las inferencias realizadas a partir de ella[[169]](#footnote-169)... E incluso, lógicamente, si es preciso se realiza el examen del relato fáctico efectuado por el jurado y el de la apelación cuando se revisa aquel[[170]](#footnote-170).

También es cierto que si, *infra*, el recurrente no singulariza el vicio o error en que se incurrió en la segunda instancia, puede ser suficiente el análisis del fallo de esta[[171]](#footnote-171).

Ahora bien, tras la reforma de 2015, el TS, y aplicando la nueva doctrina que examinamos, insiste en encontrar jurisprudencia que justifique que el objeto del recurso de casación en estos casos se circunscribe al análisis del fallo de segunda instancia[[172]](#footnote-172), sobre todo cuando se trata de la presunción de inocencia[[173]](#footnote-173), aunque se acabe realizando un análisis pormenorizado de la actividad desplegada en primera instancia a tenor de lo relatado en la sentencia de apelación[[174]](#footnote-174). De hecho, también se ha llegado a explicitar la conveniencia de alegar interés casacional e inadmitir mediante auto el recurso de casación[[175]](#footnote-175)

##### La existencia de una segunda instancia lo que implica es la necesidad de concretar y argumentar el error en que se ha incurrido en la misma cuando se recurre en casación

En realidad, el argumento aducido por el TS lo único que comporta es que ahora el recurrente en casación, como vamos a comprobar, se encuentra, respecto a la lesión de los derechos fundamentales, en una situación diferente a la hora de fundamentar el recurso: habrá que argumentar que la lesión del derecho fundamental (habitualmente el quebrantamiento de forma con trascendencia) ha acontecido por primera vez en la apelación, o bien que habiendo sido denunciada en esa sede no recibió allí la tutela debida[[176]](#footnote-176).

O con mayor precisión, la argumentación del TS solo conduce a una conclusión restrictiva: que al recurrente le compete la carga de precisar exactamente en qué consiste la lesión denunciada, cómo la hizo valer previamente, si fue posible, y cuál fue precisamente el error en el que incurrió el órgano *a quo* al no repararla[[177]](#footnote-177). Lo cual, siendo una cuestión trascendental, *infra*, para la suerte y el procedimiento del recurso de casación, dista mucho de significar que en este recurso mude el contenido de los derechos fundamentales procesales y, consiguientemente, el canon de constitucionalidad con el que se enjuicia su posible quebranto.

##### La trasmutación de la presunción de inocencia en la tutela judicial efectiva: el control de la racionalidad del discurso de la sentencia de apelación acerca de la misma

Pero como ya se anticipó, el verdadero objetivo de la interpretación menos flexible de los derechos fundamentales procesales en casación es la presunción de inocencia. El resto de aquellos, por razones cuantitativas y cualitativas, ocupa un lugar muy secundario. Y ahora es cuando, a través del método deductivo, sentadas las premisas y axiomas el TS, aterriza en la presunción de inocencia. Así, expuesta la excusa y el método (en realidad solo la justificación del mismo) que esgrime el TS para realizar el giro cartesiano en el entendimiento de la casación ordinaria, a efectos de revitalizarla mediante el retorno al pasado (*Out of the past*), la cuestión se centra ya exclusivamente en aquel derecho fundamental procesal. Y aquí sí que el TS no se desentiende, sino que explicita cómo va a proceder a reducir el ámbito de la revisión de la misma en casación.

Sintetizando, puede decirse que se concluye que en la modalidad ordinaria de la casación, el Alto Tribunal lo único que tiene que hacer es constatar la racionalidad del discurso del órgano *a quo* acerca de la inexistencia de su lesión. Porque ya el TSJ o la Sala de Apelación de la AN, realizó un examen pormenorizado de cantidad y calidad de la prueba empleada para condenar[[178]](#footnote-178). De esta manera, se comprueba si se produjo una adecuada tutela de la presunción de inocencia en la segunda instancia a través del examen de la lógica interna del razonamiento del órgano *a quo*. Estamos pues, ante una tutela rebajada, la tutela de la tutela que anunciamos, o tutela de segundo grado.

Es más, según el esquema expuesto sobre la presunción de inocencia y la construcción del relato fáctico, resulta que la misma habilita: a) control objetivo de los medios empleados para elaborarlo (suficiencia, aptitud, licitud y haberse practicado con todas las garantías); b) revisión del elemento subjetivo, de la fundamentación de aquel, es decir, la lógica o racionalidad de las inferencias realizadas por el tribunal a partir del resultado de esos medios de prueba. Pues bien, como resulta imposible de todo punto cercenar o rebajar el control del segundo aspecto, el de la arbitrariedad (recuérdese además que la presunción de inocencia no exige que aquella sea manifiesta como sucede en los recursos extraordinarios y el amparo a tenor del art. 24.1 CE), el TS intenta justificar la reducción del examen del primer aspecto: la que atañe al control de los medios de prueba empleados. Según el Alto Tribunal, estos ya no se controlan directamente sino que lo que supervisa es el discurso, la racionalidad del mismo, que sobre ellos ha realizado el tribunal que conoce de apelación. De esta manera, teóricamente, se habría rebajado el control de la presunción de inocencia en casación, pasando de: a) control directo de medios de prueba; b) control de la fundamentación de la *quaestio facti*, a: a) control de la fundamentación de los medios de prueba; b) control de la fundamentación de la *quaestio facti*.

De hecho, es tal la fuerza del discurso reduccionista TS que en algunas de sus resoluciones se emplea también *obiter dicta* (la presunción de inocencia comporta en casación controlar la racionalidad de la motivación fáctica, la “estructura racional”) respecto de casaciones “directas” que, en virtud de las disposiciones transitorias, carecían de apelación, aunque la lectura de la fundamentación jurídica permite constatar que también se realizó el control directo (existencia y contenido) de los medios de prueba[[179]](#footnote-179).

##### La imposible existencia de tutelas de segundo grado de la presunción de inocencia (y de cualquier derecho fundamental procesal)

Sin negar la aparente lógica del razonamiento del TS, lo procedente es comprobar la posibilidad de la existencia de esta tutela de segundo grado en casación de los derechos fundamentales, y de la presunción de inocencia en particular. Sin duda, la parte cierta del razonar del TS es que acontece una tutela de segundo grado si se atiende al carácter sucesivo de la misma. Mas centrándonos en la presunción de inocencia, la cuestión es si puede entenderse adecuada aquella que se limita al examen del razonar del tribunal de segunda instancia sobre la cantidad, calidad y aptitud de los medios de prueba. Nos encontramos ante una tutela externa, de la fundamentación, de la coherencia de la argumentación desplegada respecto del elemento objetivo que sirve para construir el relato fáctico, que, en realidad, reproduce literalmente el discurso de la justificación del respeto a la inmediación en sede casacional, en especial cuando se trata de pruebas personales y que nunca impidió, sino todo lo contrario, el acceso directo a las actuaciones[[180]](#footnote-180). La cuestión es: ¿resulta suficiente con revisar la argumentación del TSJ (o la Sala de lo Penal de la AN) sobre los medios de prueba para tutelar la presunción de inocencia? ¿Basta con releer la fundamentación para constatar si con la clase de actividad probatoria que, según el órgano *a quo,* existió en primera instancia, resultó adecuado el fallo condenatorio? En definitiva, no habría que acudir a la documentación del primer juicio para comprobar si hubo y cuál fue el contenido de un determinado medio de prueba sino a la del TSJ (o la Sala de Apelación de la AN), para limitarse a constatar lo que allí se dice que aconteció en primera instancia. Así, por ejemplo, no se comprobaría que existió un testigo directo, la declaración de un coimputado contrastada con otros elementos, la intervención de un perito que amplió el informe o lo explicó…, sino que el TSJ afirmó que se había contado con esos medios de prueba y que en virtud de la legitimidad de los mismos y su contenido incriminatorio, la condena resultaba procedente. El TS ya no accedería, consiguientemente, directamente a los medios de prueba valorados en el juicio[[181]](#footnote-181) sino a la versión de los mismos que refleja el órgano *a quo.* Estaríamos en presencia, pues, no de una tutela directa de la presunción de inocencia, sino de referencia, *de auditu*: se enjuicia no lo que aconteció, sino lo que el TSJ dice que sucedió.

En consecuencia el derecho a la presunción de inocencia se habría despojado de casi todo su contenido en casación en lo que atañe a los medios de prueba, por no decir del todo; estaríamos ante un examen indirecto de la actividad probatoria desplegada. En realidad, el fenómeno explicado consistiría en que el contenido de la presunción de inocencia en casación se rebajaría hasta el extremo de consistir en el derecho a constatar la racionalidad del discurso órgano *a quo* sobre los medios de prueba cuando, a su vez, la tuteló en segunda instancia. Pues bien, ello es imposible[[182]](#footnote-182):

Primero porque ello, ceñir el análisis que comporta la presunción de inocencia sobre los medios de prueba, al discurso del tribunal *a quo* acerca de los mismos, supone confundir una mera herramienta o instrumento, con el verdadero objeto de estudio: la cantidad, calidad y racionalidad del material que sirvió para sustentar la condena.

Efectivamente, cuando en casación se alega la lesión de un quebrantamiento de forma/derecho fundamental procesal en primera instancia, que no se ha corregido en la segunda, ya sea la incompetencia del tribunal, la indebida denegación de un medio de prueba, la falta de fundamentación de la *quaestio facti*, la incongruencia del fallo, la lesión de la presunción de inocencia…, lo que hay que constatar es si ese vicio existió y si no fue corregido en la apelación. Por ello, resulta imposible, epistemológicamente, limitarse a analizar la racionalidad del discurso que sobre ello efectuó el tribunal de segunda instancia. Porque este es solo uno de los instrumentos que hay que utilizar para constatar la existencia del quebranto aducido. Como se ha indicado y se analizará, *infra*, el objeto del enjuiciamiento del TS no es la lógica del razonamiento del TSJ acerca de la competencia del tribunal de primera instancia, de la denegación de la prueba…, sino si aquel tribunal era competente, si la denegación de la prueba resultó pertinente… La existencia del quebranto alegado es ontológicamente independiente de lo que el TSJ argumentó acerca del mismo, por eso podría suceder que aunque este tribunal razonara ilógica o indebidamente, el vicio no hubiera existido o viceversa. El pronunciamiento del tribunal de apelación sirve para constatar si se llevó a cabo una adecuada tutela del derecho invocado, a partir de la versión de este tribunal de lo que aconteció en primera instancia. Pero es evidente que ese relato no tiene, por incomplitud o inexactitud, por qué acomodarse a la realidad de lo realmente sucedido. Por eso, el TS cuando comprueba la existencia del vicio alegado tiene que analizar necesariamente lo que realmente aconteció en primera instancia, sin que el relato de referencia sobre ello del tribunal de apelación resulte suficiente. Por eso, y volviendo a los ejemplos, si se alega la falta de motivación habrá que examinar la sentencia a la que se atribuye el vicio[[183]](#footnote-183). Precisamente, dentro de la presunción de inocencia, y en lo que atañe a la existencia y contenido de la actividad probatoria desplegada en la instancia en la actualidad, como el propio TS reconoce[[184]](#footnote-184), se cuenta con la posibilidad del examen de las grabaciones del juicio a través del art. 889 LECrim.

Segundo, porque de ser cierto lo que afirma el Alto Tribunal, resultaría que estaríamos construyendo una presunción de inocencia en casación (y también en el amparo) con un contenido diferente del que ostenta ante los recursos ordinarios. Lo cual, como se ha señalado, es sencillamente imposible. Los derechos fundamentales procesales no pueden, ontológicamente, ostentar un contenido en segunda instancia (el directo o primigenio), y en grados sucesivos mudarlo: solo se controla la racionalidad de discurso del órgano *a quo* sobre aquel. Obsérvese que, además, si fuera cierto, en cada instancia sucesiva también cambiaría el contenido del derecho fundamental, abstrayéndose hasta el absurdo, en lo atinente a los medios de prueba: en segunda instancia se controlan estos directamente y la racionalidad de las inferencias sobre el resultado de los mismos; en casación la coherencia del discurso sobre los medios de prueba y las presunciones realizadas en apelación; y, por último, en amparo, la racionalidad del discurso de casación sobre la coherencia del de apelación…

Esta “rebaja” del contenido de la presunción de inocencia, además de ser imposible, mutila su esencia que, como se ha señalado, consiste (junto al análisis de la lógica de las inferencias fácticas) fundamentalmente en proporcionar una herramienta al tribunal para ampliar la revisión de la *quaestio facti* a partir del examen externo (sin que suponga una nueva valoración) pero directo de los medios de prueba empleados para condenar. En definitiva, según el razonar del TS, en casación, frente a lo que sucede en apelación, la presunción de inocencia solo habilitaría al examen de la fundamentación del discurso del órgano *a quo* sobre la construcción que la *quaestio facti*  que sirvió para condenar primera instancia.

Para enjuiciar el acierto del razonamiento del TS sobre esta presunta rebaja de la presunción de inocencia en casación, basta recordar que cuando en esa sede se tutela el error de hecho en lo penal o en los restantes órdenes jurisdiccionales, art. 24.1 CE, a nadie se le ocurre afirmar que no se examinan los “documentos” en los que consta aquel, sino únicamente el discurso que sobre los mismos se llevó a cabo en la instancia previa; o bien que, dentro de la propia presunción de inocencia, el examen de la racionalidad de las inferencias fácticas realizadas por el tribunal en primera instancia para condenar, se reduce al análisis que sobre el mismo (su racionalidad) se realizó en segunda instancia.

##### Supuestos en lo que, excepcionalmente, es posible en casación ceñirse al discurso realizado en segunda instancia

Ahora bien, como el recurrente tiene la carga de alegar y fundamentar el error en que incurrió el órgano *a quo* al denegar la tutela del derecho que invocó, puede suceder que, si no individualiza aquel (al margen de incurrir en una causa de inadmisión) o bien si simplemente discrepa del acierto del razonamiento vertido en segunda instancia, asumiendo implícitamente el relato que allí se hace de las actuaciones de la instancia, resulte suficiente con atender al contenido del fallo de la apelación para resolver/inadmitir la casación. *E.g.*, se difiere acerca de si una confesión obtenida con la promesa de una rebaja de la pena a través de la conformidad supone una hipótesis de ilicitud probatoria, pero no se cuestiona la existencia ni las condiciones de aquella. Puede decirse que con su conducta el recurrente circunscribe el debate sobre la lesión de la presunción de inocencia a un ámbito estrictamente jurídico: al no impugnar la descripción de la prueba elaborada en la apelación, asume y da por bueno lo atinente a la existencia y contenido de la actividad probatoria como se describe en la segunda instancia. De esta manera es la propia conducta del recurrente, del condenado, quien reduce el contenido de la presunción de inocencia en el ámbito de la casación y no la naturaleza del recurso o la existencia de una instancia previa.

Sin embargo, en el resto de los supuestos, y si el recurso se ha elaborado correctamente, no existe otro remedio que acudir al contenido de las actuaciones de primera instancia. Por eso, *e.g.*, si el recurrente alega el quebranto de la presunción de inocencia al manifestar que la sentencia de primera instancia no recoge ciertos elementos decisivos, omitiendo aspectos de las deposiciones de los testigos, determinados elementos del informe pericial o que el contenido de un determinado medio de prueba no se ajusta a lo descrito en el fallo…, y que ello no fue corregido en la apelación, habrá que acudir necesariamente al contenido de las actuaciones de la primera instancia. De hecho, de la lectura de las resoluciones de la Sala Segunda resulta evidente que se analiza directamente lo afirmado por las AAPP[[185]](#footnote-185) al efectuar la declaración de hechos probados. Precisamente el TS ha aquilatado la siguiente estructura en sus resoluciones, mimetizándola en todas, en el fundamento de derecho en cuestión (el primero o único si se trata de autos de inadmisión): a) primero describe el nuevo planteamiento teórico que analizamos (ahora ya de forma sintética); b) a continuación procede, como no puede ser de otra manera, a narrar los hechos declarados probados por la AP; c) luego analiza el pronunciamiento del TSJ[[186]](#footnote-186). Como se ha explicado, es posible prescindir del análisis directo de la prueba practicada en la primera instancia en la medida en que, en esos casos, no se ha impugnado la declaración de los hechos probados, cuestionando el relato del contenido de los concretos medios de prueba. A continuación se produce un profuso examen de la actividad probatoria utilizada para la condena según los términos narrados por el tribunal de apelación y cómo este ha valorado la aptitud de la misma para desvirtuar la presunción que nos atañe[[187]](#footnote-187).

Por eso, como se ha explicado, en realidad la pretendida rebaja que ha comportado la implantación de la apelación para la presunción de inocencia en casación se reduce a dos aspectos: el primero, esencial, por cuanto acontece en todo caso, estriba en que ya no es posible la mera alegación del quebranto de aquel derecho fundamental sino que hay que concretar en qué consiste el mismo y cómo no se ha corregido (si fuera el caso) en apelación, por lo que el Alto tribunal ya no se ve compelido a examinar toda la actividad probatoria desplegada para constatar si aconteció una lesión de la presunción; el segundo, contingente, consiste en que es posible, a partir de la declaración de hechos probados acontecida en primera instancia, limitarse a ponderar si la valoración que se hizo en apelación sobre la aptitud, suficiencia, licitud de los medios de prueba y razonabilidad de su fundamentación resulta adecuada, siempre que el recurrente no esté disconforme con las afirmaciones que se hacen acerca de la existencia (lo que incluye las condiciones de su práctica o de la forma de obtención de la fuente de prueba) y contenido de los medios de prueba.

En definitiva, siempre hay que acudir en casación a la actividad desplegada en primera instancia a la hora de revisar la lesión de la presunción de inocencia: por una parte para la declaración de hechos probados (aunque se puede tomar la transcripción efectuada en segunda instancia si no se objeta por el recurrente); por otra si se impugna el contenido y existencia que se afirma respecto de los medios de prueba.

En cualquier caso, el contenido y amplitud de la presunción de inocencia en modo alguno resulta rebajado por la generalización de la apelación. De suerte que el recurrente puede provocar un examen de la misma intensidad y extensión que el que acontece en la segunda instancia.

##### La solución: el recrudecimiento de las condiciones de admisión, arts. 884 y 885 LECrim

Pero el TS, en realidad no apura el argumento hasta sus últimas consecuencias y se abstiene de formular taxativamente un axioma: a partir de ahora queda vetado a la Sala Segunda cualquier examen que desborde de la racionalidad del discurso que efectuó el órgano *a quo* sobre la presunción de inocencia. Lo cierto es que, en realidad, lo que se hace es dibujar unas coordenadas que justifiquen, aunque solo sea teóricamente, un intento de rebajar, *rectius*: anticipar, el examen de la presunción de inocencia. Por eso, una vez que se cuenta con aquellas, lo que más le interesa es ofrecer y busca una solución práctica al problema que más le concierne: descargar de alguna manera, y parcialmente, al TS de lo que supone la tutela del derecho fundamental procesal que nos ocupa.

Y para ello, como ya apuntamos, centra su atención en la fase de admisión del recurso y los mecanismos que, como se indicó, ya estipuló el legislador en 1988, precisamente ante la avalancha de recursos a causa de este derecho: la posibilidad de rechazarlos *a limine*, art. 885 LECrim, por motivos de fondo, sobre todo por carencia manifiesta de fundamento.

Ya se advirtió que se trata de un instrumento tan poderoso, una característica de nuestra casación, que su empleo estaba impregnado de la prudencia más extrema. Además debe añadirse que su escaso uso se debía también a que, al ser la casación el único recurso, el rechazo *in limine litis*, por muy fundamentado que fuese el auto, suscitaría también las suspicacias a efectos de la tutela del derecho al condenado a un recurso, de ahí su limitado empleo[[188]](#footnote-188). Tras 2015 el panorama había cambiado, como no deja de reiterar tanto el legislador como la jurisprudencia del TS y TC, consiguientemente, y esto es lo que realmente interesa, ya no hay inconveniente para inadmitir las casaciones cuando se trata de la presunción de inocencia a través del cauce de los arts. 884 y 885 LECrim. Y así lo manifiesta el TS[[189]](#footnote-189) . Aunque, como se anticipó, la desestimación anticipada del recurso también es aplicable a cualquier quebrantamiento de forma, incluso si quien recurre es el condenado[[190]](#footnote-190).

Debe advertirse que si esto es lo que se pretendía, descargar al TS de trabajo cuando se trata de la presunción de inocencia, permitiendo que las Secciones se pronuncien sobre el fondo anticipadamente, desestimando el recurso bajo la fórmula de la inadmisión, a modo y semejanza de lo que sucede con el amparo desde 2007, no hacía falta recurrir al argumento de una tutela rebajada, de un menor contenido, de los derechos fundamentales procesales en general y de la presunción de inocencia en particular. De hecho, a nadie se le ha ocurrido, por ahora, razonar de semejante guisa para justificar las inadmisiones de los recursos de amparo por unanimidad por parte de las Secciones, pudiendo ser recurrida la providencia exclusivamente por el MF, art 50.Tres LOTC, pues parece absurdo sostener que en ese trance el contenido del derecho fundamental, cuando se examina la trascendencia constitucional de su posible lesión, ha sufrido un notable descuento.

##### La conveniencia de alegar el interés casacional

Ahora bien, aunque se cuenta con la fórmula deseada acontece un problema no menor: la ausencia de parámetros concretos con los que poder constatar la falta notoria de fundamento del recurso, art. 885.1 LECrim. Y es que, efectivamente, como también se anticipó, para disipar cualquier atisbo de arbitrariedad al inadmitir una casación por ese motivo, carencia manifiesta de fundamento, lo adecuado es estipular, al menos formalmente, unos requisitos añadidos que el recurrente debe cumplir en esa sede: se arroja sobre aquel la carga de justificar la suficiente relevancia del asunto para que el TS se pronuncie sobre el, lo que se conoce como interés casacional (o trascendencia constitucional en sede de amparo). De esta suerte, al menos en teoría, se objetiva (se puede constatar si se ha cumplido esa exigencia según ciertos parámetros, que no dejan de ser relativos, prefigurados), lo subjetivo.

Ya explicamos que esa es precisamente la razón de la implantación del interés casacional, que otorga al tribunal la posibilidad de que, en sede de admisión, pueda desestimar anticipadamente sobre el fondo el recurso a través de una resolución que tendría el mismo contenido que una sentencia desestimatoria. Así, el interés casacional concreta y excede la carencia manifiesta de fundamento.

Mas en cualquier caso, el verdadero problema de la modalidad ordinaria de la casación es que en ella no se exige formalmente el interés casacional. De esta manera, el TS carece de los necesarios parámetros para objetivar la inadmisión de los recursos de casación cuando se trata de la presunción de inocencia. Para solucionar este problema solo hay un mecanismo: generalizar la exigencia de interés casacional a todos los recursos de casación. Y por eso en esta resolución y en otras posteriores se produce la recomendación de que el recurrente justifique la existencia de interés casacional[[191]](#footnote-191).

A este respecto, ya advertimos, al criticar los términos de la reforma, que sostenemos una intelección contraria: a partir de la previsión del art. 889.II LECrim, y del propio del Preámbulo L 41/2015, no cabe deducir que se haya impuesto esta exigencia con carácter general, sino que el interés casacional se debe circunscribir a la nueva modalidad que se implanta pues, como se anticipó, de los propios rasgos con los que se dibuja aquel, es allí donde además se ajusta a la finalidad de aquella (crear o unificar doctrina jurisprudencial cuando existe contradicción). Nos parece evidente que, ante una cuestión de semejante calado, si la intención del legislador hubiera sido generalizar la exigencia del interés casacional, lo hubiera anunciado sin ambages. Una intelección que no deja de compartir el propio TS al formular simplemente una recomendación.

##### Aun cuando no exista la exigencia de interés casacional, el recurrente debe indicar cuál es el error específico en que incurrió el órgano a quo para que pueda admitirse la casación

Lo que sucede es que la exigencia de particularizar el error en que se incurrió en la instancia previa proviene de la teoría general de los recursos y no del interés casacional, *infra*. De suerte que si no se concreta el vicio en que se incurrió en la apelación, se incurriría en una infracción de los arts. 874.1º y 884.4º LECrim.

Así, el hecho de que ya no vaya a ser suficiente aducir una indebida tutela de la presunción de inocencia *in genere*, no deriva de exigencia alguna de la nueva reforma, ni siquiera de la redacción del art. 885 LECrim, sino de la propia naturaleza de los recursos y el concepto de gravamen que está, a su vez, supeditado, *infra*, a la existencia de un error o vicio. Por eso, una vez que existe un grado superior a la sentencia de primera instancia antes de recurrir en casación, cuando se hace valer este medio de impugnación, por cualquiera de las partes, hay que singularizar en qué ha consistido ese error, cuál es el vicio en que incurrió el órgano *a quo*. No existe el derecho a recurrir, *infra,* a una nueva instancia o grado, aduciendo con carácter general la existencia de un vicio, cuya reparación, cuando es posible, ya ha tenido que impetrarse, para intentar lograr un pronunciamiento favorable. Consiguientemente, ya no basta alegar que en primera instancia se lesionó la presunción de inocencia y en apelación no se tuteló adecuadamente la misma, para que el TS deba acudir al contenido del primer juicio y “revisar” la actividad probatoria desplegada entonces, así como el razonamiento que se vertió sobre ella. Existe, *infra,* una presunción constitucional de legalidad de las resoluciones judiciales. Consiguientemente, habrá que señalar exactamente en qué consistió la lesión[[192]](#footnote-192), qué medios de prueba eran inaptos o insuficientes (*e.g.* que solo se contaba con la declaración de un coimputado, que se condenó otorgando un peso decisivo a un testigo de referencia, que la inferencia a partir del indicio es ilógica o inconcluyente…) y por qué la respuesta del tribunal de apelación resultó desacertada.

Y ciertamente, en esta tesitura, y aun cuando no exista una exigencia formal de interés casacional, el recurso habrá de apoyarse necesariamente en la jurisprudencia, del TS y TC, para fundamentar cuál ha sido el quebranto específico del derecho fundamental procesal. Recuérdese que el contenido de la presunción de inocencia, tal y como está concebida en nuestro país, no está previsto en ninguna disposición normativa, sino que se trata de una creación jurisprudencial. Al fin y a la postre, pues, habrá que argumentar que se ha producido una desviación, un incumplimiento de la misma. Lo que no deja de ser una de las manifestaciones específicas del interés casacional

Ahora bien que, formalmente y a efectos prácticos, la exigencia de alegar interés casacional y la necesidad de concretar el vicio o error en que se ha incurrido se asemejen mucho, en cuanto al apoyo jurisprudencial que se necesita en ambos casos, debido principalmente a la flexibilidad de la Sala Segunda, frente al rigorismo de la Primera, para cumplir con la exigencia del interés casacional, en modo algunosignifica que ambas habiliten a un juicio en sede de admisión de la misma intensidad, *infra.*

##### La mayor flexibilidad impuesta por el derecho del condenado al recurso cuando existía una sola instancia sobre los motivos del mismo, consistía, por un lado, en que se le eximía de concretar el vicio o error infringido, sobre todo tratándose de la presunción de inocencia

Es en este momento cuando se constata en qué consistía efectivamente la mayor flexibilidad otorgada por el TS respecto del condenado y en lo atinente a los motivos de la casación. Acabamos de hacer notar que tras la implantación de la segunda instancia, ya no cabrá aducir meramente la lesión de la presunción de inocencia, sino que habrá concretar el error o vicio cometido.

Pues bien, es que, como se acaba de reseñar, incluso con anterioridad a 2015, la teoría general de los recursos proscribía que se alegase simplemente la lesión de la presunción de inocencia o, más genéricamente el error en la valoración de la prueba (no personal) si se trataba de una apelación. Porque así no se había concretado en nada el error o vicio que se achacaba al tribunal, es como si, *e.g.*, el recurrente hubiese manifestado simplemente que la sentencia había incurrido en incongruencia, sin especificar nada más. Al proceder así se desplazaba la parte fundamental de la carga de concretar el vicio, del recurrente al tribunal: se obligaba al TS a acudir a un examen genérico y puntual de toda la actividad probatoria desplegada para comprobar que no existía la lesión de la presunción de inocencia. Y algo parecido y con mayor amplitud acontecía en la segunda instancia cuando se alegaba el genérico error en la valoración de la prueba. Para constatar el acierto de lo aseverado, invitamos a pensar qué le sucede a un recurrente en el orden civil que en apelación se limita a afirmar que ha existido un error en la valoración de la prueba, sin especificar nada más.

Sin embargo el derecho del condenado al recurso provocaba que el TS consintiese la admisión de dichos recursos. Ahora ya nada impide, sino todo lo contrario, la inadmisión de los mismos[[193]](#footnote-193).

Claro que el problema se traslada ahora a la segunda instancia: ¿deben el TSJ y la Sala de Apelación de la AN seguir consintiendo, *de facto,* al recurrente, al condenado, la posibilidad de alegar genéricamente el error o vicio cometido? O, con mayor precisión, ¿están obligados esos tribunales a realizar el examen global de las exigencias que comporta la presunción de inocencia y que antaño llevaba a cabo el TS? La respuesta es afirmativa por el juego del art. 14.5 CEDH. Lo contrarío permitiría el acceso a casación y provocaría en muchos casos, la nulidad y el reenvío (salvo la presunción de inocencia). En cuanto a la oportunidad de exigir la subsanación de dicha deficiencia para, en caso contrario, inadmitir el recurso, vuelve a suscitar el inconveniente práctico de complicar la tramitación procesal y además abrir la puerta del amparo (si el condenado entiende inadmitido inopinadamente el recurso, para que el TC decida si, en estos casos, debe seguir estando vigente su jurisprudencia acerca de la intelección flexible de los motivos de los recursos cuando es el condenado quien puede quedar privado de recurso alguno). Repárese en que la circunstancia descrita acontecerá en casación si, al tratarse de un aforado, el TSJ ha condenado en primera instancia.

##### El otro aspecto de la flexibilidad del TS respecto del condenado: la ausencia de rigidez al examinar los requisitos formales del escrito de interposición del recurso

Aunque suponga un excurso, mínimo, respecto del razonamiento principal, es este el momento idóneo para poner de relieve que aunque se trataba del recurso de casación, sometido ciertamente a unas mayores exigencias rigorísticas formales en cuanto a su interposición que los restantes, el TS venía entendiendo que, en la medida en que se trataba del único recurso que ostentaba el condenado, resultaba deseable la relajación de las mismas aun cuando se resaltase la falta de la técnica empleada.

Conviene precisar que, en ocasiones, no se trataba del mero ejercicio del *iura novit curia* en el ámbito del recurso, y, por consiguiente, de encauzar debidamente el motivo convenientemente descrito, sino de la necesidad de identificar cuál era el vicio que el condenado pretendía alegar.

Este era el segundo aspecto, también formal, en que consistía la interpretación flexible de los motivos del recurso de casación previa a 2015. Ni que decir tiene que ello ya no tiene sentido una vez que se cuenta con la segunda instancia, de suerte que en este sentido la asimetría que existía en favor del condenado desaparece y se equipara a cualquiera de las otras partes, aunque la Sala segunda mantiene, con buen criterio en atención a los intereses en liza, su tendencia a evitar la rigidez formalista[[194]](#footnote-194).

##### La carga de especificar el error o vicio que se denuncia solo consiente la comprobación formal de su existencia

Ahora bien, y volviendo a la cuestión principal, aun cuando la teoría general de los recursos imponga la carga sobre cualquier recurrente de concretar el vicio o error, en modo alguno habilita al TS a realizar una desestimación anticipada del mismo a través de un examen del fondo del asunto. Simplemente, porque se estaría infringiendo la legalidad ordinaria: los trámites estipulados por el legislador. Si el autor de la ley no ha previsto la exigencia del interés casacional y solamente permite constatar la carencia manifiesta de fundamento en el momento de la admisión, el tribunal únicamente podría rechazar el recurso cuando resultase notorio que la pretensión resulta inviable, art. 885.1 LECrim. Pero ello no consiente anticipar la desestimación a través de un juicio de la misma intensidad que el que está previsto en el momento de la decisión.

Y esta es precisamente, la situación a la que se enfrenta el TS con la modalidad ordinaria de la casación: no se exige el interés casacional, por mucho que se recomiende, y solo cuenta con la posibilidad de inadmitir, en cuanto al fondo, por las causas del art. 885 LECrim. Es cierto que el legislador, al no estipular el interés casacional al menos para la presunción de inocencia y los derechos fundamentales procesales, ha perdido una gran oportunidad para consentir que aquel precepto pueda cumplir efectivamente la finalidad para la que fue creado.

##### La inadmisión del recurso de casación en el caso de la presunción de inocencia tiene el mismo contenido que una sentencia desestimatoria

Efectivamente, una cosa es el TS compruebe que el recurrente ha singularizado el vicio en que se incurrió en la tutela de la presunción de inocencia, y que, además ello no carece manifiestamente de fundamento, art. 885 LECrim, y otra muy distinta anticipar la desestimación del recurso, aduciendo la inexistencia de interés casacional, a través de un examen de la presunción de inocencia de la misma intensidad que el que se emplea en el momento de dictar sentencia. O, con otras palabras, sustituir las sentencias desestimatorias por autos de inadmisión. Y es que para determinar sí el órgano *a quo* no tuteló adecuadamente la presunción de inocencia, habrá que contrastar si se ajustan a la realidad las específicas alegaciones del recurrente respecto de la insuficiencia de la actividad probatoria (si es cierto que los medios probatorios singularizados son insuficientes en cantidad, calidad o aptitud y validez). Y esta actividad, *e.g.,* comprobar si en el juicio únicamente depuso un testigo directo cuya declaración fue insustancial y que la declaración incriminatoria del coimputado no fue corroborada por ningún elemento más, no es otra cosa que pronunciarse anticipadamente sobre el fondo del recurso. La única diferencia es el momento, y en todo caso, la composición del tribunal, art. 898 LECrim. De hecho, lo lógico es que si admite el recurso, cuando se ha pasado por este filtro, como es ahora el caso de la presunción de inocencia, las probabilidades de que resulte estimado resultan muy elevadas, salvo que el supuesto hubiese arrojado dudas iniciales que aconsejaban una reflexión o discusión más meditada.

##### La generalización del interés casacional para todos los quebrantamientos de forma con la excusa de la previsión del art. art. 885 LECrim

El problema de la exigencia artificial del interés casacional para la presunción de inocencia, a través de una “relectura” del art. 885 LECrim, es que, evidentemente, no tiene por qué circunscribirse a ese derecho fundamental/quebrantamiento de forma, sino que sería extensible a cualquier otro cuya lesión se aduce.

Es más, ni siquiera esta última frontera supone un límite efectivo, ya que, en buena lid, alcanzaría también a las infracciones de preceptos sustantivos. Claro que en este caso se podría argumentar que como la “nueva casación” está orientada a la nomofilaxis sustantiva, no tiene sentido el empleo de este aliviadiero procesal.

De esta manera, resultaría que tras la reforma el TS estaría habilitado para, mediante un auto, desestimar anticipadamente sobre el fondo cualquier quebrantamiento de forma/derecho fundamental procesal.

Esta sería realmente la gran novedad procesal de la reforma. En ello consistiría la interpretación restrictiva de los motivos (los formales) para que la casación pudiera retornar a su edad dorada.

##### La inadmisión de la casación a través de un enjuiciamiento anticipado sobre el fondo es una manifestación del principio de oportunidad estrictamente procesal

Indudablemente, que el trámite de admisión de un recurso se convierta en la fase de decisión del mismo sobre el fondo (al menos para la desestimación), no deja de ser una anomalía por cuanto se ha alterado la estructura procedimental tradicional del mismo. No puede dejar de reconocerse que nos enfrentamos a una suerte de manifestación del principio de oportunidad en términos estrictamente procesales: que para poder mantener el funcionamiento de ciertas instituciones procesales se necesita crear aliviaderos o mecanismos de soluciones anticipadas que, a diferencia de otras manifestaciones de aquel principio (como la conformidad, el perdón del ofendido, la existencia de delitos semipúblicos, la ausencia del M.F. en ciertos delitos, el sobreseimiento anticipado…), en nada atienden a elementos de derecho sustantivo. No existe ninguna tutela directa o indirecta de los intereses legítimos individuales o colectivos a través de ellos. O con mayor precesión, el único interés que se preserva es el público consistente en el mantenimiento de una determinada estructura del Poder Judicial, del funcionamiento de los diferentes órdenes jurisdiccionales y lo que ello supone, a su vez, en términos abstractos, respecto del principio de división de poderes y la tutela de los intereses legítimos en general.

##### La trascendencia constitucional de la exigencia de interés casacional por parte del TS cuando ello no está previsto legalmente

Al final la cuestión decisiva estriba en determinar cuáles son las consecuencias de que el TS, aun cuando no esté previsto expresamente por el legislador, haya optado por exigir el interés casacional en el trámite de la admisión de la modalidad ordinaria de la casación, para poder realizar una desestimación anticipada del recurso sobre el fondo, que es aplicable a todos los quebrantamientos de forma/derechos fundamentales procesales.

Sin duda, se trata de un supuesto contrario al ejercicio prudencial de la facultad exegética, autocontención, que debe presidir a la jurisprudencia del TS cuando aplica los preceptos que regulan la casación, *supra*, por cuanto afecta al principio de división de poderes. Mas al margen de ello, resulta capital constatar si existe la lesión de algún derecho fundamental de las partes cuya tutela pueda impetrarse en amparo. ¿Incurre el TS en una infracción procesal (por desestimar anticipadamente la casación cuando no está previsto) con trascendencia constitucional? Para responder a ello hay que atender a la posibilidad de que al proceder así se haya privado a las partes de llevar a cabo alguna conducta que hubiera podido alterar el contenido del pronunciamiento del TS. ¿Se ha infringido el principio de audiencia o el derecho de defensa, porque se ha suprimido algún trámite procesal en el que las partes hubieran podido defender mejor sus posiciones?

Evidentemente, este interrogante solo puede responderse atendiendo a la regulación concreta de la casación en el orden penal. Pues bien, a tenor de la misma, y en la medida en que tras la admisión del recurso el único trámite de audiencia a las partes antes de la decisión, es la vista y resulta que ella tiene naturaleza excepcional en la casación penal, art. 893 bis a) LECrim, como no ha dejado de recordar el TS incluso cuando procedía a condenar por primera vez simplemente mediante un análisis de la *quaestio iuris*, la respuesta resulta negativa. El supuesto que nos ocupa estriba en un mero debate jurídico, la existencia de un quebrantamiento de forma/derecho fundamental procesal, respecto al cual las partes han podido aducir todos los argumentos que entendían precisos en sus escritos de interposición y de impugnación, arts. 874 y 882 LECrim, además de que la parte contraria ha tenido la oportunidad de realizar una adhesión supeditada hasta ese último momento. En definitiva, lo único que hubiera variado en el caso de que se hubiese seguido la tramitación prevista en la LECrim habría sido que el recurso se hubiese desestimado en una sentencia sobre el fondo, tras haber señalado día para el fallo, art. 893 LECrim.

Ahora bien, existe una excepción, y es que la composición del TS, en cuanto al número de magistrados hubiese sido distinta en función de la pena impuesta, art. 898 LECrim. En estos casos, y en la medida en que la inadmisión no se hubiese acordado por unanimidad, podría aducirse que la alteración de la composición (de tres a cinco magistrados), el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, habría podido alterar el resultado del proceso.

# Las premisas del discurso del legislador y la jurisprudencia sobre el recurso de casación: la necesidad de analizar las finalidades de la casación y la naturaleza de los recursos extraordinarios

Como se ha podido constatar, todo el discurso y las consecuencias que el TS proyecta sobre la casación ordinaria traen causa de la afirmación, compartida con el legislador, según la cual la casación es un recurso cuya finalidad originaria es la exclusiva nomofilaxis de los preceptos sustantivos. Por eso hay que tratar de retornar, en la medida de lo posible, a la misma, reduciendo o incluso eliminando los quebrantamientos de forma. De esta manera, no puede sorprender que la conclusión final del TS, tras la reforma de 2015, consista en que si se trata de aquellos, el recurso se pueda desestimar directamente en sede de admisión.

El problema es que resulta muy discutible la premisa de todo el discurso: ¿la esencia de la casación estriba en la función nomofiláctica sustantiva?, incluso aun cuando fuera cierto, ¿existe una esencia originaria y, preferiblemente, inmutable de la casación que debe perdurar en el tiempo?, ¿acaso la casación escapa a la cambiante, relativa, naturaleza de las instituciones jurídicas, en especial las procesales, según las mudables circunstancias en las que desempeñan su cometido?, ¿es posible encapsular al TS, y al recurso de casación, en el tiempo y al margen del devenir de la evolución del ordenamiento jurídico?, ¿alguna vez en nuestro país ha existido esa versión originaria de la casación?, ¿es verdad que en España los quebrantamientos de forma han resultado una impostación tardía en el modelo casacional?, ¿es la revisión limitada de la *quaestio fact*i una perturbación indeseable del modelo casacional?, ¿son los derechos fundamentales procesales, consiguientemente, una suerte de rémora adherida a nuestro recurso extraordinario, que enturbian o difuminan su finalidad originaria?, dada la posición de los mismos en el sistema de fuentes, ¿puede ignorarse la lesión de los derechos fundamentales en los recursos?...

La respuesta a todos esos interrogantes pasa necesariamente por desentrañar en qué consiste la esencia de la casación en cuanto recurso extraordinario y para ello solo existe un mecanismo: analizar cuáles son los motivos concretos que distinguen a la casación de un recurso ordinario. Solo a través de la contraposición singular, cualitativa y no cuantitativa, entre la casación y los recursos ordinarios, apelación, permite aprehender la esencia de aquella. Evidentemente se trata de un análisis actual, de cómo se regula ambas clases de recursos en la época presente, pero que no puede prescindir del devenir histórico. Porque centrarse exclusivamente en un periodo singular, ya sea la revolución francesa, el advenimiento de la CE o cualquier otro, a la hora de enjuiciar una institución jurídica, comporta una perspectiva sesgada, sincrónica, del fenómeno jurídico que impide formular conclusiones que pretendan perdurar en el tiempo.

La única manera de conseguir una comprensión cabal de lo que verdaderamente supone la casación, y también los recursos ordinarios, parte necesariamente de la observación conjunta de cómo se produce la alegación y el tratamiento de los quebrantamientos de forma y las infracciones de los preceptos sustantivos en ambas clases de recursos. De esta manera, además de lograr aprehender lo que auténticamente distingue a unos de otros, se logra superar las tradicionales deficiencias que existen en esa material.

Solo entonces se está en disposición de elaborar un discurso acerca de las finalidades de la casación y su futuro inmediato. De hecho, resulta tan cierta la afirmación precedente, que el adecuado orden epistemológico habría impuesto abordar dicha cuestión en primer lugar en este trabajo. Y si no se ha procedido así, ha sido simplemente por razones propedéuticas, por claridad expositiva. Es más, como se ha podido constatar, la mayoría del análisis precedente ha descansado en el adelanto de parte de las conclusiones extraídas después de acometer dicha tarea.

CAPÍTULO III: EL RECURSO EXTRAORDINARIO Y LOS VICIOS ALEGADOS

# Los recursos extraordinarios

La naturaleza y la definición de lo que es un recurso extraordinario se hace por contraposición. Recurso extraordinario es el antónimo del recurso ordinario, como la propia etimología indica: *extra ordinis*. Aquello que diferencia al primero del segundo es la esencia de aquel. Por eso si desapareciera el elemento de comparación, la impugnación ordinaria, resultaría imposible su existencia actual: si solo hubiera un recurso en un sistema procesal, aunque cupiera únicamente ante ciertas resoluciones y por motivos tasados, no podría ser tildado de extraordinario en un sentido propio o actual; únicamente en un sentido histórico, por comparación a lo que la tradición señalaba al contrastar las diferencias entre unas formas de impugnación más amplias que otras, cabría calificarlo de extraordinario. Por eso, *e.g.,* resulta estéril tratar de clasificar a la nulidad de una u otra forma (recurso ordinario o extraordinario) en el sistema clásico romano, al ser la primera y única forma de impugnación (antes de que apareciera la apelación)[[195]](#footnote-195). Sólo con el surgimiento de la apelación, la nulidad puede reputarse como un recurso extraordinario.

En definitiva, la esencia del recurso extraordinario estriba en resultar un medio de impugnación más restrictivo o limitado que el habitual u ordinario[[196]](#footnote-196). Pretender anudar alguna característica más específica a una supuesta naturaleza inmutable de la impugnación extraordinaria resulta imposible, como demuestra nuestra experiencia histórica al tratar de emparentar ciertos recursos extraordinarios del complejo sistema de impugnación de la tradición castellana (injusticia notoria y segunda suplicación[[197]](#footnote-197)) en vigor hasta el S. XIX gracias a la Novísima Recopilación, 1805, con el recurso de casación que se implanta primero en lo civil, 1838 (con el nombre de nulidad) y que solo se generaliza en lo penal en 1870, ley de 18 de junio, *infra*.

Lo cierto es que la dialéctica recurso ordinario/extraordinario no es una creación doctrinal, pues, además de implícitamente, nuestro legislador reconoce expresamente la existencia de los recursos extraordinarios al señalar que también se dicta sentencia (además de cuando se pone fin a la primera y segunda instancia así como los procedimientos para la revisión de las sentencias firmas) cuando se resuelvan los mismos, art. 262.1.3º LEC, y se refiere a ello explícitamente en el apartado XIV de la Exposición de motivos de este texto. Y como se ha señalado, *supra,* la jurisprudencia, especialmente la del TC, utiliza el carácter extraordinario de la casación para justificar su retraimiento a la hora de examinar la aplicación de las exigencias por el Alto tribunal en la fase de admisión.

# Relatividad del concepto

Por otra parte el recurso extraordinario, como sucede con las instituciones jurídicas, y en especial las procesales, tiene una naturaleza relativa o contingente en un doble sentido:

* Por un lado es contingente en sí mismo. No tiene por qué existir. Y no nos referimos a que el legislador, al igual que sucede con los recursos ordinarios salvo en el caso del condenado en el proceso penal, art. 14.5 PIDCP, es libre de concederlo o no[[198]](#footnote-198), sino que teóricamente es posible que en un sistema procesal exista un único modelo de recurso en todas las instancias, de suerte que haya una segunda y tercera instancia en las que los tribunales *ad quem* gocen de las mismas facultades, y todas las resoluciones de las instancias anteriores se puedan impugnar. Ciertamente, no es esa la tradición de nuestro país y los de nuestro entorno, pero es teóricamente factible.
* Por otra parte, en cuanto a su contenido, lo decisivo: aquello que diferencia al recurso extraordinario del ordinario, también es, y por las mismas razones, algo relativo. Evidentemente lo que significa al primero es su carácter restrictivo respecto del segundo. Y es que una vez que se decide su existencia, resta al albur del legislador, en función de diversos factores, *infra,* decidir el ámbito del recurso extraordinario: qué resoluciones acceden al mismo y cuáles son las facultades revisoras del tribunal *ad quem*. De esta suerte, teóricamente el recurso extraordinario podría diferenciarse del ordinario solo en uno de los aspectos: podrían limitarse únicamente las resoluciones que acceden al mismo dejando incólumes, respecto a la segunda instancia, las facultades del tribunal *ad quem*, (es lo que sucedía históricamente con nuestra suplicación, segunda suplicación e injusticia notoria[[199]](#footnote-199); o piénsese, por ejemplo, en un sistema procesal penal en el que todos los delitos fueran enjuiciados por el jurado, de suerte que en la segunda instancia no cabría volver a valorar la prueba y el acceso al último tribunal se supeditase al interés casacional o al *certiorari*), o, por el contrario, sería factible que todas las resoluciones de la segunda instancia accediesen al último tribunal pero teniendo este unas facultades revisoras más limitadas.

De hecho, incluso es posible que coexistan en un sistema diversos recursos extraordinarios en los que en cada uno la limitación sea diferente, como demuestra el complejo sistema de recursos castellano, ya mencionado, en el que además de la apelación, recurso ordinario, también tenían cabida otros recursos extraordinarios: la nulidad de la sentencia (en la que solo cabían causas tasadas, *infra*), por un lado, y por el otro, la suplicación[[200]](#footnote-200), la segunda suplicación y la injusticia notoria, en los que se limitaba, frente a la segunda instancia, únicamente la clase de resolución que tenía acceso a los mismos, *infra.* Y de hecho, como se va a constatar, en lo penal se han venido implantando otros recursos extraordinarios distintos a la casación: primero, 1995, la apelación frente a las sentencias del tribunal del jurado y, posteriormente, 2015, la apelación prevista para la acusación. A mayor abundamiento, también hemos constatado, *supra*, que existen diversas modalidades de la casación ante el TS en el mismo orden penal, o en otros órdenes jurisdiccionales (por ejemplo, cuando se prevé la casación en interés de ley), en las que las facultades de revisión del Alto tribunal difieren.

Sin embargo, no es menos cierto que la experiencia histórica desde, prácticamente, el primer tercio del S. XIX y la implantación de la casación, demuestra, en nuestro país y los de su entorno que siguen al modelo francés, que en el recurso extraordinario suelen acontecer las dos restricciones o limitaciones: qué accede y qué puede hacer el último tribunal. Mas no cabe perder de vista que se trata de diferencias u oposiciones contingentes o relativas entre un recurso ordinario y extraordinario que dependen, en gran medida, de la libertad del legislador. Y que son mudables a través del tiempo a tenor de la mutación de los factores que se tuvieron en consideración al diseñar el ámbito del recurso extraordinario. En consecuencia, reputamos un error, una vez que se constata*, infra,* que la diferencia esencial histórica o tradicional, desde la implantación de la casación, por primera vez bajo el nombre de nulidad en 1838 en lo civil para evitar las suspicacias que todavía suscitaba entonces un posible “afrancesamiento” (en 1834 se había decidido la supresión de la segunda suplicación e injusticia notoria[[201]](#footnote-201)), entre las facultades del tribunal *ad quem* del recurso ordinario y el extraordinario, estriba en la revisión de la fijación de la *quaestio facti*, asumir que esa es la esencia inmutable del recurso extraordinario, la que resulta del *Tribunal de Cassation* revolucionario y de la *Cour de Cassation* imperial[[202]](#footnote-202), que impide la revisión del complejo fáctico… La propia historia de nuestra casación demuestra todo lo contrario, aunque a veces se presente como una desviación o corrupción del modelo originario; tan extraordinaria, por su propia naturaleza, como esas casaciones francesas, es la resultante de nuestro modelo en la que se consiente el error patente o notorio en la valoración de la prueba (ya sea en documento auténtico o no), primero en lo civil, Lec 1881 (aunque existía un antecedente en lo penal en la ley de Montero Ríos de 1870, *infra*) y después, 1933, en lo penal. Y más aún, después, de la CE de 1978, que, como se ha explicado *supra*, consolida y amplía necesariamente la revisión del plano fáctico sobre todo en lo penal a través de la tutela judicial efectiva y especialmente de la presunción de inocencia… Todas esas casaciones, con alcance muy diferente, son recursos extraordinarios sin que unas lo sean más que otras. En un caso la libertad del legislador y en otros el contenido de los derechos fundamentales procesales, configuran un ámbito diferente del recurso extraordinario.

# La limitación de la revisión de la *quaestio facti* como el factor distintivo decisivo desde que se implanta la casación

Ahora bien, que no exista una esencia inmutable de los recursos extraordinarios, la que impide o limita la revisión de la *quaestio facti*, no obsta a reconocer:

1. Que esa es, *infra*, en el derecho procesal moderno español (y en el de todos aquellos países que se han inspirado en la casación francesa) la diferencia más sustancial entre un recurso ordinario o extraordinario: porque es la distinción más significativa entre las facultades del tribunal de instancia y el que conoce del recurso extraordinario a la hora de ejercer la potestad jurisdiccional en el ámbito de su competencia funcional. Por eso, aunque tan extraordinario es aquel recurso en el que se limitan únicamente las resoluciones que acceden a el, como aquel en el que el tribunal *ad quem* ve restringidas sus facultades de revisión sobre la fijación de los hechos, puede decirse con propiedad que este último es más extraordinario que el primero.
2. Que en el recurso extraordinario de casación, frente a nuestra tradición anterior castellana (siglos XIII a primer tercio del XIX), ya reseñada, de la suplicación, segunda suplicación o injusticia notoria, la limitación o prohibición de la revisión de la cuestión fáctica ha sido una nota que se ha ido manteniendo como un rasgo identificativo del mismo aunque se haya matizado o restringido significativamente en nuestro país, *infra*.

# Limitaciones del legislador al configurar los recursos extraordinarios

Aunque es la libertad del legislador la que, fundamentalmente, diseña lo que un recurso extraordinario (o cualquier otro recurso, por tratarse de un derecho de desarrollo legal), resulta que el albedrío del autor de las leyes no es absoluto:

* En primer lugar, existen motivos ajenos a la voluntad del legislador que también delimitan su libertad al configurar los recursos extraordinarios. Atendiendo al sistema de fuentes, el albedrío del legislador está constreñido fundamentalmente por el plano de constitucionalidad así como los tratados internacionales. Ya se ha mencionado la trascendencia del derecho al condenado al recurso, y también es conocida la exigencia del TEDH (en lo que se refiere a la presencia del acusado ante el tribunal, así como a la imposibilidad de alterar la *quaestio facti* si ante el tribunal *ad quem* no vuelve a practicarse la prueba personal), por mor de la publicidad, inmediación y contradicción, a la hora de permitir que en los recursos se produzca el agravamiento de la situación del condenado o la condena del absuelto, lo que ha afectado de lleno al diseño de la apelación para la acusación, convirtiéndola en un recurso extraordinario, y ha transformado en casación el tratamiento procesal del error de hecho cuando es alegado por aquella, art. 849.2 LECrim[[203]](#footnote-203), *infra.*

Pero sobre todo, es el plano de constitucionalidad, en especial los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE, interpretados según la jurisprudencia del TC (que necesariamente incorpora el contenido de las Cortes internacionales cuando ha existido una cesión de soberanía), el que delimita la libertad del legislador a la hora de configurar el contenido de los recursos. Es, como se indicó, lo que ha acontecido con la proscripción de arbitrariedad, art. 9.3 CE, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia en la casación.

Además, como se va a comprobar, el propio contenido de los derechos fundamentales resulta capital a la hora de dilucidar, en los medios de impugnación, su tratamiento procesal en lo atinente a las facultades del tribunal para apreciar de oficio su quebranto.

* En segundo lugar es cuando entra en escena propiamente la libertad del legislador. Y en este ámbito es de destacar, por un lado, razones técnicas que resultan de las opciones previas del legislador, que lo pueden obligar a configurar un recurso de una determinada manera. Es decir, el propio diseño que se hace del proceso puede limitar el sistema de recursos que se establece en el mismo. Así, la existencia misma del jurado impide que el legislador conceda un recurso ordinario (en el sentido tradicional) que consienta la revisión completa de la *quaestio facti*, dentro de las limitaciones que impone la exigencia de inmediación. Es lo que sucede en nuestro modelo desde 1995, con la apelación frente a las sentencias del tribunal jurado, cuya denominación encubre la verdadera naturaleza del recurso, *infra,* o lo que acontecía originariamente con la LECrim de 1882 que, por ese motivo, preveía directamente la casación frente a las sentencias de primera instancia.

Por otro lado, también destaca la propia voluntad del legislador a la hora de prefigurar el alcance que debe darse al derecho a la primera y segunda instancia (si es que se establece), predeterminando las facultades de los tribunales que conocen del recurso ordinario y extraordinario: ¿puede el tribunal *ad quem* entrar directamente a conocer, en segunda instancia o en el recurso extraordinario, de una cuestión sobre la que no se ha pronunciado el tribunal *a quo*? Piénsese en omisiones de pronunciamientos, incongruencias omisivas (vicios *in iudicando* procesales), apreciación indebida de impedimentos procesales que conducen a absoluciones en la instancia (habitualmente vicios *in procedendo* como la falta de jurisdicción o competencia), o incluso en infracciones *in iudicando,* sustantivas, como la estimación inopinada de la prescripción, que no permitieron el pronunciamiento sobre el fondo… Habrá que optar entre una justicia rápida o la consumación completa (conocimiento sobre el fondo) de las sucesivas instancias. O bien, pueden tenerse en consideración ciertos elementos singulares, como sucede en lo penal con la regulación del procedimiento ante el tribunal del jurado: dicho tribunal debe pronunciarse previamente, antes de que lo hagan los jueces profesionales, sobre todas las cuestiones que son de su competencia (no solo, aunque en especial, las fácticas), por lo que, los quebrantamientos de forma *in iudicando* como la incongruencia, la omisión de pronunciamiento[[204]](#footnote-204)…, concitarán la retroacción de las actuaciones, constituyendo un defecto del veredicto, a tenor de lo dispuesto en los arts. 846 bis c).a) y 846 bis f) LECrim.

Puede decirse, pues, que el ejercicio previo de la libertad del legislador, al diseñar un modelo de proceso y el contenido y alcance de las instancias, autolimita su albedrío al configurar el sistema de recursos ordinarios y extraordinarios.

A tenor de lo expuesto la dialéctica entre los recursos ordinarios y extraordinario es mucho más compleja y sutil, además de dinámica, de lo que pueda parecer *prima visu*. Precisamente buena prueba de ello vuelve a ser nuestro proceso penal: como se ha señalado, dado que el modelo procesal de 1882 giraba en torno a la institución del jurado, el recurso extraordinario resultaba más ordinario, en cuanto que habitual, que el que, por su naturaleza, recibe esta denominación.

# La insuficiencia del criterio tradicional a la hora de distinguir el recurso extraordinario

A tenor de lo expuesto, ya debe quedar clara la insuficiencia del criterio que se emplea tradicionalmente para distinguir entre los recursos ordinarios y extraordinarios frente a sentencias: que los primeros solo proceden por motivos y resoluciones tasadas[[205]](#footnote-205). Porque esa distinción atiende a unos elementos meramente externos y que no precisan nada la auténtica diferenciación entre una y otra clase de recursos. El único dato reseñable de esa definición es que el recurso extraordinario tiene un ámbito más reducido que el ordinario. Pero en qué consiste este queda en tinieblas. Podría decírsenos que así se ajusta a la primera premisa enunciada: dado que la diferencia entre un recurso ordinario y otro extraordinario no responde a una realidad inmutable o esencial, sino que depende, fundamentalmente, de la libertad del legislador (dentro de los márgenes que le impone el sistema de fuentes), la distinción tradicional lo asume y reseña solo lo externo o epidérmico. Ahora bien, lo que interesa en cada momento es conocer cuál es la diferencia efectiva entre uno y otro recurso; cuál ha sido la opción del legislador. Más aún cuando, como se ha señalado, se constata que la diferencia tradicional o histórica en nuestro derecho moderno, con la derogación del derecho castellano tradicional en el primer tercio del XIX, estriba en las facultades de revisión de la *quaestio facti*. Por eso la distinción que comentamos resulta imprecisa e insuficiente:

- Así, por un lado, es perfectamente posible que el legislador decida que ciertas resoluciones no resultan apelables, como sucede con la regulación de la apelación civil (y en lo penal se podría teóricamente excluir el recurso frente a ciertas o todas las sentencias absolutorias), art. 455.1 LEC. Por eso, a la postre, resulta que, bien mirado, también el recurso ordinario por excelencia frente a las sentencias, solo procede frente a ciertas resoluciones.

- Y en lo que atañe a la existencia de motivos tasados para recurrir (si se trata de un recurso extraordinario), aunque resulta comprensible emplearlo como criterio de distinción cuando se comprueba que desde que se implanta la casación este recurso se singulariza por el elenco tasado de vicios formales y sustantivos que se pueden alegar, *infra,* frente al carácter “abierto”, incluso sin necesidad de fundamentar, de la apelación*,* conviene precisar:

\* En realidad, el origen histórico del “listado” de motivos para recurrir trae causa del recurso de nulidad, romano, y posteriormente la *querella nullitatis* del derecho común importada por el derecho castellano: como se iba a anular un fallo (en el derecho romano era una declaración, una acción constitutiva), se estaba en presencia de una sentencia inválida (originariamente se reputaba inexistente), pronto se elaboró un “listado” de causas, por seguridad jurídica, que permitían dicha posibilidad[[206]](#footnote-206). Frente a ello, la apelación mantenía su carácter “abierto”. Y el listado reaparece, *infra,* primero en los vicios *in procedendo* de la recién implantada casación, como acontece en la primera casación (nulidad) civil en el RD de 4 de noviembre de 1838[[207]](#footnote-207), y también en el Real Decreto de 1852 que inaugura muy parcialmente la casación penal (solo en delitos de contrabando y defraudación)[[208]](#footnote-208) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855[[209]](#footnote-209).

\* Mas esta contraposición de binomios: listado-recurso extraordinario, ausencia listado-recurso extraordinario, es una ficción:

* + Porque como explicamos, *infra,* al final todos los vicios o errores, que siempre son necesarios alegar para recurrir, se reconducen a dos categorías: quebrantamiento de forma e infracción de precepto sustantivo.
  + Porque además, y frente a lo que pudiera parecer, los presuntos listados cerrados no dejan de ser, a su vez, *numerus apertus*. En el caso de las infracciones de precepto sustantivo, simplemente porque la única causa que se enumera es esa, ya que carece de cualquier sentido tratar de singularizar nada más, como se comprueba en los arts. 849.1 LECrim o 477.1 LEC, tras su evolución histórica, *infra*. Y en lo que atañe a los quebrantamientos de forma, que son los que se prestarían naturalmente a la formulación del listado de motivos, cuando se repasan se constata que al fin y al cabo todo se reduce a la existencia de infracciones procesales que tengan suficiente trascendencia (en el plano de legalidad o constitucionalidad), o que esté prescrita en ese supuesto específicamente la nulidad, art. 469.1 LEC, *infra*. Precisamente, por eso, cuando se pretende ir más allá, y de explicitar otros motivos al final, como sucede en ese precepto, se incurre en la redundancia[[210]](#footnote-210).

Por eso, en este momento, la verdadera diferencia entre un recurso ordinario y otro extraordinario, como vamos a desarrollar, no es la existencia de unos motivos tasados, listado *vs.* ausencia del mismo, porque los motivos o el listado siempre existe, sino concretar cuál es motivo específico que queda excluido en el recurso extraordinario, porque es el límite de las facultades revisoras del tribunal *ad quem*,que es lo que singulariza a cada recurso*.* Como se ha anticipado, y luego se va a desarrollar, actualmente en el recurso extraordinario lo que se excluye es una revisión completa o casi absoluta de la *quaestio facti*.

No cabe ignorar tampoco que el criterio tradicional que venimos criticando por insuficiente, dada su generalidad e indefinición, se emplea indistintamente para catalogar cualesquiera recursos, no solo los que proceden frente a sentencias, sino también frente a todas las resoluciones procesales interlocutorias y definitivas, generando debates estériles, a nuestro entender, acerca de la naturaleza de algún medio de impugnación como, por ejemplo, la queja.

# El elemento decisivo es la concreta restricción de la revisión que acontece en el recurso extraordinario

¿Qué es entonces lo que realmente diferencia al recurso de apelación, cuando es una segunda instancia, de la casación o el extraordinario por infracción procesal, de la suplicación en lo laboral o incluso de la apelación del tribunal del jurado o la apelación de la acusación tras la reforma de 2015?

Lo decisivo, como se ha adelantado, no reside fundamentalmente en cuáles o cuántas son las resoluciones recurribles, que sigue siendo un elemento externo y que es consustancial al diferente grado en el que se mueve uno y otro recurso. Por eso, y a los efectos que nos interesa, tampoco resulta trascendental la denominación que emplea el legislador para calificar la naturaleza de un recurso: porque necesariamente ha de distinguir entre el recurso que se dirige a un tribunal, de aquel otro que procede a continuación o sucesivamente ante el de grado superior, o incluso ante el mismo como acontecía con la súplica o suplicación en nuestro derecho histórico[[211]](#footnote-211), aun cuando la naturaleza ordinaria o extraordinaria de ambas sea la misma: es lo que sucede con la suplicación y casación para la unificación de doctrina en lo laboral, con la casación y la casación para unificación de doctrina ante la Sala del art. 61.3 LOPJ en el orden c-a (aunque aquí no existe diferencia de grado) o bien con la apelación frente a las sentencias del tribunal del jurado y la casación en lo penal. A lo sumo podría decirse que en algún caso, como en el orden laboral[[212]](#footnote-212) o c-a, un recurso es más extraordinario que el anterior porque se ha reducido el número de resoluciones que accede al último tribunal. Mas se trata de una diferencia insustancial cuando se pretende ahondar en la naturaleza de un recurso.

En cualquier caso, conviene matizar lo siguiente: si bien lo decisivo al configurar un recurso extraordinario, no es que se trate de resoluciones tasadas por motivos también de esa índole, sino las facultades que ostenta el tribunal que conoce del recurso, no es menos cierto que cuando se va a diseñar la casación, el recurso extraordinario del que conoce el –en principio- último tribunal, también cumple un papel decisivo en la definición de su cometido, la determinación de qué resoluciones tienen acceso al mismo (todas; las que entrañen una cierta relevancia sustantiva; solo aquellas que susciten relevancia jurisprudencial –unificar o crear jurisprudencia- a través del interés casacional o del *certiorari*).

Mas incluso con esa precisión, lo esencial es el alcance de la revisión que efectúa el tribunal *ad quem*, sus facultades; lo decisivo es qué puede hacer el tribunal que conoce del recurso porque es lo que atañe nuclearmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional que ostenta. Así puede decirse que cuanto más amplias sean las facultades revisoras, también resulta mayor el grado del ejercicio de la potestad jurisdiccional que se hace valer y, consiguientemente, es más amplio el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que ha delimitado en el recurso el legislador. Es verdad que todos los tribunales ostentan la potestad jurisdiccional por igual, y que lo que se parcela es el ámbito donde se ejerce esta por razones de especialización. Ahora bien, cuando se trata de hacer valer la misma a efectos de constatar su intensidad, habría que distinguir dos factores:

-El horizontal que consiste en las facultades de enjuiciamiento de un asunto que ostenta un tribunal, y que en la primera instancia alcanza la mayor intensidad mientras que en los recursos suele, aunque no necesariamente, ir decayendo como sucede, por ejemplo en lo penal por exigencias de la inmediación y la contradicción y publicidad. No hace falta insistir mucho en que cuanto mayores sean las facultades de un tribunal para decidir sobre cómo ha de aplicarse el derecho al caso concreto, cuanta más libertad tenga para el *ius dicere*, más amplio e intenso resulta el ejercicio de la potestad de la que está investido.Por eso, en este plano, el horizontal, cabe decir que la competencia objetiva suele comportar un ejercicio más intenso de la potestad jurisdiccional que la competencia funcional, salvo que se estipulara una segunda instancia consistente en un *novum iudicium* o una *revisio prioris instantiae* en la que la inmediación no supusiese ninguna limitación al examen de la *quaestio facti,* como sucedería en el orden civil si no fuese por la imposibilidad de aportar prueba “nueva” sobre hechos “viejos”, salvo que se trate de prueba documental art. 460 LEC.

- Mas junto a dicho plano, existe otro que también incide en la intensidad del ejercicio de la potestad jurisdiccional que corrige al anterior: el vertical, es decir, el grado o la posición que ostenta un tribunal dentro de un orden jurisdiccional. De esta suerte cuanta más alta sea la posición de un tribunal en el escalafón, mayores son las posibilidades de corregir el ejercicio de la potestad jurisdiccional que ha realizado el tribunal inferior. Y en ese sentido más intenso es el ejercicio de aquella potestad, de manera que la competencia funcional, en este plano, supone un ejercicio de la misma en un grado mayor que la competencia objetiva.

Pero si se considera de forma aislada un tribunal determinado y un recurso singular, una perspectiva estática, el plano vertical no es tomado en consideración y solo importa el horizontal para medir la intensidad del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es dicho plano, el horizontal, el que significa la amplitud de la competencia funcional de la que está investido un tribunal. Y en ese ámbito, como se ha señalado, lo trascendental son las facultades de revisión. Por eso, si se compara en abstracto un recurso ordinario con otro extraordinario resulta que el primero supone un ejercicio más intenso de la potestad jurisdiccional, aunque si se vuelve a tomar en consideración el plano vertical, se corrige dicha afirmación.

Ahora bien, a su vez, dentro de cada recurso y en lo que atañe a la medición de las facultades de revisión lo decisivo no es tanto la amplitud cuantitativa sino la cualitativa: es más importante hasta dónde puede revisar o corregir que cuáles o cuántas resoluciones son recurribles. En los recursos ordinarios no hay duda porque no existe, habitualmente (ya se ha reseñado la excepción que supone el art. 45 LEC), restricción de las segundas; y nadie puede dudar tampoco que hay más intensidad de conocimiento en un ***novum iudicium*** que en la *revisio prioris instantiae* si la inmediación proscribe, como sucede en lo penal, una nueva valoración de la prueba personal (y en el caso del acusado, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, la alteración de la *quaestio facti* sin volver a practicar la prueba personal y sin que aquel esté presente). Y en los recursos extraordinarios acontece lo mismo: la circunstancia de que solo se pueda conocer de un número pequeño de resoluciones vuelve a perder trascendencia respecto a las facultades revisoras. De hecho, como demuestra la experiencia histórica[[213]](#footnote-213), cuando se acomete la reforma de la casación se opera directamente en las resoluciones y no en los motivos; entre otras cosas porque la reducción cuantitativa, que afecta singularmente al *ius litigatoris*, queda paliada porque se consiente el acceso de lo que se considera más importante, aunque sea a través del mecanismo, ajeno a nuestra tradición, del *certiorari,* como aconteció en 2015 en el orden c-a, anticipado en 2007 en el recurso de amparo y que ahora se cierne, ALPEM y ALECRIM, 2020, *supra,* sobre lo civil y penal.

Por otra parte, y dentro de las facultades de revisión en los recursos extraordinarios, junto a la amplitud del examen que se puede hacer en los mismos, también resulta decisiva la posibilidad de revocar el fallo impugnado: sin duda, resulta más extraordinario que la casación ordinaria, un recurso por infracción de ley, arts. 490 a 493 LEC, en el que, a efectos de unificar la jurisprudencia, únicamente se fija cuál debe ser la exégesis de un precepto ante la existencia de pronunciamientos contradictorios, sin rescisión del pronunciamiento impugnado (por lo que realmente no se trata de un recurso, *infra)*. Y en el mismo sentido, como se va a comprobar, tampoco es desdeñable la posibilidad de que el tribunal *ad quem* pueda pronunciar un nuevo fallo sobre el fondo si se ha constatado la existencia de un quebrantamiento de forma *in iudicando.*

# La restricción de los vicios concretos que se pueden alegar y sus consecuencias procesales

¿Cómo se miden las facultades de un tribunal al conocer de un recurso? La amplitud que se ostenta en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los recursos se encuentra en dos sedes: en los motivos que se pueden alegar y, si se aprecia el vicio, en la posibilidad de pronunciar un nuevo fallo conociendo del fondo. Y aunque esos dos parámetros son interdependientes, en parte, lo cierto es que el primero es el que resulta decisivo. Se trata, sencillamente, de una cuestión cronológica: una vez que el legislador decide cuáles son las facultades del tribunal *ad quem,* hasta dónde puede llegar su revisión del asunto enjuiciado, esa opción se tiene que manifestar, necesariamente, en primer lugar en los motivos que se permite alegar a quien aduce la existencia de un gravamen. Así el límite del vicio o error que se puede esgrimir es también la frontera de las facultades del tribunal superior: porque anticipa hasta qué punto el órgano *ad quem* puede desplegar su potestad jurisdiccional para volver a enjuiciar la cuestión principal. La propia experiencia histórica, tras la implantación de la casación, demuestra que es ahí donde reside la amplitud del recurso: según se pueda revisar la fijación de la *quaestio facti*, en la premisa menor del silogismo, así serán las facultades del órgano *ad quem*; en la medida que quepa alegar el error en la valoración de la prueba y solicitar una nueva ponderación de la misma (respetando las exigencias de la inmediación), además de practicar nueva prueba sobre los hechos, estaremos en presencia de un recurso ordinario o extraordinario. Esa es la frontera final entre la *revisio prioris instantiae* de nuestra apelación y el recurso extraordinario, *infra.* Y de esta suerte ya se ha fijado el límite consustancial a las facultades del tribunal para poder entrar a dictar un nuevo fallo. Es verdad que con ello no se ha delimitado completamente ese aspecto, pues resulta posible, como se ha indicado *supra*, que el legislador o la jurisprudencia (si no existiera una indicación expresa del primero), pudiera exigir la devolución del asunto si uno de los tribunales de la instancia (o todos) no llegó a entrar a conocer del fondo para, de esta manera, agotar las instancias (con un pronunciamiento sobre el fondo), derecho al doble grado, o bien, simplemente decida que no procede el nuevo pronunciamiento sobre el fondo[[214]](#footnote-214). Mas en cualquier caso, a pesar de la confusión reinante por una indebida intelección de la dicción de los arts. 227.2 LEC, 240.2 LOPJ e incluso 790.2.II LECrim, nunca depende de la voluntad del recurrente el tratamiento procesal de los vicios denunciados, *infra*. Pero esta (el derecho al doble grado) es una cuestión accesoria o subordinada necesariamente respecto de la primera; en comparación con ella resulta de mucha menor entidad y sigue estando supeditada a aquella (primero hay que decidir si el tribunal *ad quem* puede volver a valorar la prueba si fuese necesario, y a continuación, y en función de lo estipulado, hasta qué punto se requiere agotar las instancias previas en cuanto al conocimiento del fondo).

Ya se ha explicado que la denominación o calificativo empleado por el legislador para designar al recurso tampoco tiene trascendencia alguna respecto a su naturaleza ordinaria o extraordinaria; a veces el legislador no puede sino denominar de la misma manera a un recurso ante idéntico tribunal aun cuando las facultades de revisión de este son muy diferentes según la parte que lo formule. Es lo que ha sucedido en el orden penal cuando, consagrando la construcción asimétrica de este proceso, y por imposición de la jurisprudencia del TEDH, se ha eliminado como motivo de impugnación el error en la valoración de la prueba para la acusación en el recurso de apelación, arts. 790 y 792 LECrim, mientras que se mantiene para el condenado: el mismo recurso ante idéntico tribunal puede tener una doble naturaleza según el recurrente, lo que en hipótesis de impugnación simultánea concita el problema teórico-práctico de la posible bipolaridad concomitante de un recurso, *infra*.

Consiguientemente, la verdadera diferenciación entre un recurso ordinario y extraordinario estriba en el inseparable binomio amplitud del vicio alegado/facultad revisora del tribunal *ad quem*. Por eso la aproximación adecuada para la distinción que nos atañe, parte del examen de los vicios o infracciones que se alegan en los diferentes recursos y contrastar cuáles proceden en cada caso. Resulta pues, imperativo, realizar un catálogo genérico o universal de las infracciones que se alegan al recurrir.

# El error o vicio como presupuesto de los recursos

Conviene precisar lo siguiente: resulta imposible ignorar que en el devenir histórico de los recursos, la existencia de un error por parte del tribunal *a quo* resulta el fundamento de aquellos. De hecho, como se va a recordar, *infra,* en ello se sustenta la diferenciación desde el derecho romano entre el recurso de nulidad y la apelación, que con matices se traslada al derecho común, a través de la recuperación por los glosadores de la distinción entre el error de derecho y el de hecho, y de ahí enraíza en el derecho castellano. Ahora bien, no es menos cierto que la amplitud del recurso ordinario, la apelación, en el que se combate la injusticia del fallo, y que va absorbiendo a la nulidad, comporta el descuido a la hora de fundamentar el gravamen o perjuicio a partir de la existencia del vicio oportuno, hasta el punto de que en nuestro derecho, especialmente en el proceso civil, llega a desaparecer, *infra,* al menos en la teoría, porque en la práctica la realidad del foro era bien distinta. De esta suerte, como se anticipó, ya desde la codificación del S. XIX, al implantar la casación de impronta francesa, se produce el otro elemento decisivo en la disociación “moderna” definitiva entre los recursos ordinarios y extraordinarios: al existir únicamente en el recurso extraordinario un listado de motivos (vicios) para recurrir, mientras que la apelación carece de el, los presupuestos de los recursos se ciñen al gravamen. Así, desaparece formalmente el error como uno de los presupuestos para recurrir, en puridad el primero de los mismos. Ya no se entiende que para recurrir ha de haber existido un vicio o infracción en la resolución recurrida, art. 448.1 LEC. Únicamente se exige el gravamen como afectación desfavorable. De esta manera, tradicionalmente el recurso ordinario se entendía como una facultad más de examinar nuevamente, ya se trate de un *novum iudicium* o de una *revisio prioris instantiae,* el asunto, por lo que no había realmente necesidad de enunciar la infracción cometida por el órgano *a quo.* Lo decisivo era, ya sea al preparar o al interponer directamente el recurso, hacer constar la discrepancia con el fallo que había originado un gravamen (“agravio” [[215]](#footnote-215) en la terminología histórica[[216]](#footnote-216)) o perjuicio y manifestar la decisión de impugnarlo: el tribunal *ad quem* enjuiciaría nuevamente (con el mismo material o bien completándolo siempre que no se alterase el objeto de la instancia) el asunto.

Así, se explica la redacción, incluso con la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de los arts. 458.2 y 459, en los que se recoge, respectivamente la necesidad de fundamentar el recurso, sin mayor precisión, y la posibilidad de alegar el quebrantamiento de forma acreditando su previa impugnación si hubiese sido posible, de suerte que se ignora la infracción de precepto sustantivo; o la del art. 85.1 LJCA que se limita a hablar de la necesidad de fundamentar la apelación sin concretar nada más. Solo en el proceso penal el legislador, siguiendo la tradición inaugurada en 1870 y que resulta mucho más precisa a la hora de clasificar las infracciones en los recursos extraordinarios, *infra,* es capaz de distinguir, art. 790.2 LECrim, entre los quebrantamientos de forma y las infracciones de ley (precepto sustantivo), además de destacar por separado la posibilidad de alegar el error en la valoración en la prueba, aunque restringido para la acusación desde 2015, art. 790.3 LECrim[[217]](#footnote-217).

Con mayor precisión cabe afirmar que el vicio o error es el presupuesto implícito del gravamen o perjuicio para el recurrente[[218]](#footnote-218), aunque no lo agote: si la resolución es lícita, adecuada a derecho, no cabe impugnarla (a pesar de que la resolución contraviene los intereses del recurrente no existe verdadero perjuicio o este debe reputarse lícito)[[219]](#footnote-219). Por el contrario, solo cuando incurre en una infracción será posible recurrir, aunque además habrá que demostrar la existencia del perjuicio, la injusticia (parafraseando la terminología tradicional), que ha ocasionado.

La desaparición del error o infracción como premisa del gravamen en el recurso ordinario se traduce, necesariamente, en otra consecuencia especialmente negativa para aquel: al no existir un elenco de motivos o vicios, tampoco se da el oportuno tratamiento procesal a los mismos. Así, la respuesta de qué ha de hacer el tribunal *ad quem* cuando aprecia la concurrencia de aquellos, resulta fragmentaria y asistemática, aunque en el orden civil el legislador haya mejorado sustancialmente la redacción, *infra*.

Existe una regla universal en materia de recursos: cuanto más deficiente es la enumeración de los vicios, por genérica e imprecisa, peor es el es tratamiento procesal de los mismos y mayor es la indefinición del tipo de resolución que debe dictar el tribunal *ad quem,* como demuestran, *infra,* el ALECRIM (apelación y casación penales) y ALPEM (casación civil).

Por eso la reconsideración de la teoría general de los recursos (ordinarios y extraordinarios) se funda, como se anticipó, en catalogar con carácter general las infracciones o vicios que se pueden cometer en los fallos de suerte que, al distinguir los que se pueden alegar en los recursos ordinarios y extraordinarios, resulte evidente la diferencia sustancial entre unos y otros (la amplitud de las facultades revisoras que existe en cada caso, así como en el contenido del nuevo fallo si se constata la existencia de la infracción). Y todo ello sin perder de vista la relatividad de esta construcción puesto que, como se ha explicado, la distinción entre el recurso ordinario y extraordinario tiene un marcado componente histórico o dinámico.

En la actualidad, el entendimiento del recurso, en especial el ordinario, como el derecho, sin más precisión, de la parte a un reexamen de la cuestión planteada, ha de entenderse superado a tenor de la presencia de la CE en el sistema de fuentes y la configuración que se hace en ella de las potestades que residen en los poderes públicos, así como las características del obrar que resulta del ejercicio de aquellas.

# La presunción constitucional de legalidad de las resoluciones procesales

De esta manera, como apuntábamos en otro lugar, existe una presunción de adecuación al sistema de fuentes del obrar del Estado-Legislador, del Estado-Administración y del Estado-Juez. Es decir, que cada una de las conductas de los poderes públicos resulta conforme al plano de constitucionalidad y al de legalidad: así se presume que las leyes son constitucionales, art. 30 LOTC, que los actos administrativos se ajustan a la legalidad (presunción de validez), art. 39 LPA, L 39/2015, y que las resoluciones procesales son conformes también a esos planos, “(…) pues la presunción*iuris tantum*[salvo prueba en contrario] de legitimidad constitucional ampara no solo las normas, sino también los actos que emanan, como aquí es el caso, de poderes legítimos (STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3).” STC 42/2014, FJ 4º. Lo cierto es que históricamente las dos primeras presunciones, las que atañen al Estado-Legislador y al Estado-Administración, han ido calando en la doctrina y legislación. Por eso se ha plasmado en el plano de legalidad que la existencia de un proceso de inconstitucionalidad no provoca la suspensión de la ley, art. 30 LOTC,[[220]](#footnote-220) y de la misma manera sucede con la impugnación de los actos administrativos, a excepción del ámbito sancionador, *infra.* Mientras que en el ámbito procesal, la existencia de la presunción de validez de las resoluciones que dictan los tribunales, ha permanecido oscurecida por la propia teoría de la fundamentación última de los recursos, en especial los ordinarios, aunque existan algunas manifestaciones históricas en las que se recoge dicha presunción fundada, eso sí, en un elemento subjetivo (la honorabilidad de los juzgadores) que data de las Partidas[[221]](#footnote-221), para evitar una desconfianza generalizada hacia el sistema de impartir justicia. Por eso, a diferencia de las otras dos presunciones, no existe plasmación legal expresa de la misma. De hecho cuando el legislador se ha aproximado más a ella, al justificar la generalización de la ejecución provisional en lo civil sin necesidad de fianza, Expos de motivos de la LEC, lo hace únicamente por comparación con lo que sucede con los actos administrativos, sin referirse en modo alguno a la existencia autónoma de la presunción que nos ocupa, de suerte que el legislador razona de la siguiente guisa: si los actos administrativos gozan de la ejecución provisional generalizada, con el mismo fundamento ha de predicarse la de las sentencias de los tribunales y no existe motivo para una desconfianza generalizada en la denominada “Justicia de primera instancia”, apartado XVI Epos. de motiv LEC.

Lo cierto es que la presunción de adecuación a la legalidad y constitucionalidad de los diversos poderes públicos responde a una exigencia básica de la estructura y funcionamiento del Estado: si ante la posible impugnación de la conducta de los poderes públicos esta se paralizara, se produciría el colapso de aquel. Ese ese el sentido final de la autotutela admnisitrativa según el T.C.: los servicios públicos (el interés general al que sirve la Admón.) requieren una gestión eficaz, y está respaldada por el art. 103.1 CE ([STC 22/1984, de 17 de febrero](javascript:Redirection('JU0000316697_Vigente.HTML'))). Precisamente esa, la existencia de la autotutela, fue la diferencia histórica fundamental de la Admón. resultante de la revolución francesa y, especialmente, del imperio napoleónico frente a la del sistema anglosajón[[222]](#footnote-222).

Además, al margen de una cuestión tan pragmática como la señalada, existe otra fundamentación teórico/práctica que la antecede: resulta imposible sostener un sistema político democrático en el que el obrar de sus poderes está sometido a la sospecha generalizada de una posible desviación o ejercicio arbitrario de las respectivas potestades. Y es que no cabe exigir a los ciudadanos que adecuen sus conductas al producto resultante de aquellas si existe un margen de duda razonable en cuanto a su rectitud. En definitiva, las presunciones señaladas resultan necesarias para la paz social. Eso incluye necesariamente a las resoluciones judiciales aun cuando se discrepe de su contenido porque se ha resuelto de forma contraria a los intereses cuya tutela se impetraba. Pero es que, como se sabe, el fundamento del ejercicio de la potestad jurisdiccional es la existencia de un conflicto intersubjetivo o social[[223]](#footnote-223), por lo que la solución que se brinda por los órganos del poder judicial necesariamente ha de primar, directa e inmediatamente, unos intereses sobre otros, de suerte que siempre existe la disconformidad del titular cuyos interés legítimo se ve subordinado (o de las dos partes cuando se trata de estimaciones parciales o soluciones salomónicas). En definitiva, dado que se trata de una heterocomposición, es consustancial al ejercicio de la potestad jurisdiccional la discrepancia (en la autotutela administrativa esta es contingente: solo si se rechaza la pretensión del ciudadano) respecto al resultado. Mas la disensión no implica presumir el desacierto, sino que el legislador puede, con plena libertad (salvo en el caso del condenado en el proceso penal), otorgar una nueva oportunidad de tutelar los intereses si se demuestra que hubo un error. El recurso es un derecho contingente de los justiciables que resulta del ejercicio de una facultad del legislador, para que puedan demostrar que se ha incurrido en un error o vicio al tutelar sus derechos e intereses legítimos sustantivos. Si no existiera la presunción de adecuación a la legalidad de las resoluciones judiciales, resultaría imperativo estipular un recurso en todo caso frente a ellas *ex* art. 24.1 CE.

Es verdad que en el proceso penal queda aún más oscurecida la presunción que explicamos, pues resulta proscrita la ejecución provisional de la condena, art. 988.I LECrim, consintiéndose únicamente la de la responsabilidad civil, art. 989.1 LECrim. No es que en el orden penal palidezca la presunción que exponemos; se trata tan solo de que, tras sopesar los perjuicios que resultan de la ejecución provisional de penas privativas o restrictivas de libertad, art. 17 CE, en el supuesto de una hipotética revocación de la condena, se entiende que el resarcimiento patrimonial nunca alcanza a compensar plenamente la restricción que se ha operado. Es lo que también acontece en el orden civil cuando se excepcionan ciertos supuestos a la ejecución provisional, art. 525 LEC. Por el contrario, no parece que en el caso de penas restrictivas de otros derechos exista impedimento alguno a su ejecución provisional; aunque cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi* el legislador muestra una mayor prevención por lo que supone para el honor del condenado; de hecho incluso en el ámbito administrativo no cabe la ejecución de la sanción mientras sea posible interponer un recurso, aunque sea potestativo, arts. 90.3 y 98.1.b) LPA, L 39/2015.

# La carga del recurrente de alegar el vicio en que se ha incurrido como contenido del derecho al recurso

En consecuencia, hoy en día, desde una perspectiva constitucional, los recursos, y especialmente los que se conceden frente a sentencias definitivas, han de entenderse, en un sentido técnico más preciso, no como una mera oportunidad de enjuiciar de nuevo un asunto que ha ocasionado un gravamen o perjuicio, sino como la carga que ostenta el recurrente de demostrar (ante un nuevo tribunal) el vicio o infracción en que ha incurrido el tribunal *a quo[[224]](#footnote-224)* (incluso debiéndolo singularizar al máximo[[225]](#footnote-225)) para, consiguientemente, dejar sin efecto la resolución recurrida que se presume válida: acertada y ajustada al ordenamiento jurídico, y sustituirla por otra que, corrigiendo la infracción, resulte más favorable. Se trata de una realidad predicable tanto de los recursos extraordinarios como de los ordinarios, aunque, como se ha explicado, resulta ajena a la regulación tradicional de estos, en especial en el orden civil, *infra.*

De esta suerte, la carga de alegar el vicio o defecto en que se ha incurrido pasa a integrar el contenido del derecho al recurso, art. 24 CE, en la forma en la que lo ha diseñado el legislador, lo que comporta:

- el rechazo *a limine* del mismo si aquel no se especifica en el trámite previsto por el legislador

- la imposibilidad, al margen de lo que se dirá respecto de la posibilidad del que el vicio se aprecie de oficio, de suscitar vicios o errores en instancias o grados sucesivos, *per saltum*, que no se plantearon con anterioridad. Esta preclusión responde a una doble perspectiva, por una parte la que atiende al propio recurrente y que implica, como se ha entendido tradicionalmente, un desistimiento implícito del derecho a impugnar ese vicio o yerro y que evita que resucite en instancias ulteriores (recuérdese que el derecho a obtener un pronunciamiento sobre la cuestión planteada, art. 24.1 CE, se supedita al cumplimiento de los presupuestos que estipula el legislador: tiempo y forma) y, por otro lado, la de la parte contraria que impide que se atente contra el diseño previsto por el legislador del derecho al recurso y, consiguientemente, su derecho a tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, consistente en que un asunto (el examen de los posibles errores en que se ha podido incurrir en primera instancia) discurriese por cada una de las distintas instancias o grados previstos, y, consiguientemente, infrinja también su derecho al juez ordinario predeterminado por el legislador: exclusivamente a el le compete decidir quién ostenta competencia funcional para conocer (por primera vez) de las infracciones que la parte denuncia. Pudiendo incluso incurrirse en la mala fe o deslealtad procesal si existe una “reserva” del motivo, art. 247 LEC. Así, la preclusión de la alegación de los errores o vicios no denunciados en el ámbito de los recursos jurisdiccionales se eleva al plano de constitucionalidad.

Conviene constatar, sin embargo, que existe una corriente jurisprudencial que consiente el planteamiento *ex novo* del quebrantamiento, cuando se trata de un derecho fundamental, la teoría de la *voluntad impugnativa*[[226]](#footnote-226) si favorece al condenado que, por cierto, choca frontalmente con aquella que, *infra,* rechaza que se pueda plantear en el recurso la omisión de pronunciamiento si no se ha empleado el mecanismo previsto en los arts. 215.2 LEC y 267.5 LOPJ. A nuestro entender incurre dicha teoría en una doble inexactitud: por una parte se confunde la carga que tiene el recurrente de agotar los trámites e instancias procesales que integra, como se ha señalado, el contenido del art. 24.1 CE, junto al juego de la preclusión, con la posibilidad de que el tribunal aprecie de oficio los quebrantos de los derechos fundamentales por la propia naturaleza de los mismos y que no puede ser prohibida por el legislador, a pesar de la redacción de los arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC *infra.* De esta suerte, la alegación *ex novo* del vicio no constituiría un derecho de la parte sino una mera denuncia o transmisión de la *notitia vitis* extemporánea que (a modo de una denuncia anónima) facilitaría al órgano *ad quem,* si así lo reputa conveniente,el control de oficio de la lesión. ¿Y en este caso (apreciación de oficio), no se atenta contra la configuración de las instancias o grados prevista por el legislador (el derecho al juez ordinario)? Consideramos que en el supuesto que nos ocupa para que acontezca la lesión del derecho fundamental, art. 24.2 CE, se requiere la presencia de un elemento subjetivo en la conducta del sujeto: la voluntad transgresora, ya sea por dolo o negligencia, de alterar el sistema de recursos pergeñado por el legislador que se encuentra ausente en el tribunal que se limita a desplegar las facultades de revisión consentidas por el titular de la potestad normativa e impuestas por el plano de constitucionalidad. Por otra, carece de justificación alguna extender esa facultad exclusivamente al acusado o al condenado: ¿qué contenido de qué derecho fundamental impide otorgar esta (indebida) facultad a cualquier parte?

# La clasificación de los errores que se pueden alegar

A la hora de calificar de forma omnicomprensiva los errores o vicios en los que el órgano jurisdiccional puede incurrir al ejercer la potestad de la que está investido existen dos factores a tomar en consideración:

* Por un lado se encuentra la naturaleza del vicio, esto es, cabe distinguir entre la naturaleza de la infracción que se ha cometido: fondo y forma; precepto (ley) sustantivo y ley procesal (dada la reserva de ley que existe para el rito, art. 117 CE).

La vigencia y necesidad de mantener esta tradicional distinción en los recursos, para diseccionar y tratar oportunamente las infracciones que se cometen en el proceso la abordamos *infra*.

* Por otro, hay que ponderar el momento en que aquella ha tenido lugar: durante la tramitación del proceso, *in procedendo*, o en el momento propiamente del enjuiciamiento, *in iudicando[[227]](#footnote-227)*.

# La dificultad de distinción entre los quebrantamientos de forma *in iudicando* e *in procedendo*

El problema de toda clasificación estriba en las zonas de confluencia entre las categorías estipuladas, que no es sino una consecuencia del elemento artificial consustancial a aquella. En nuestro caso se presenta respecto de las infracciones procesales cometidas *in iudicando*. Y es que si bien no cabe duda de que si acontece una infracción de la ley sustantiva al enjuiciar el fondo del asunto estamos en presencia de un vicio *in iudicando*, la cuestión no resulta tan evidente cuando se trata de los quebrantamientos de forma. No se trata, ni mucho menos, de una disquisición teórica, sino que, como se va a constatar, subyace a ella una cuestión práctica trascendental: cómo deben tratarse procesalmente los quebrantamientos de forma cometidos en el momento de dictar sentencia, ¿provocan el reenvío o permiten un nuevo pronunciamiento del tribunal *ad quem*?

## Los vicios *in iudicando* implican un pronunciamiento sobre el fondo, pero no son únicamente las infracciones de ley (precepto sustantivo)

Precisamente una de las mayores confusiones que ha arrastrado históricamente nuestra regulación de los recursos extraordinarios[[228]](#footnote-228) trae causa de identificar los dos criterios entre sí: los vicios *in iudicando* serían los que infringen un precepto sustantivo, las infracciones de ley, y los *in procedendo*, resultarían ser los quebrantamientos de forma[[229]](#footnote-229).

El origen de dicho error estriba fundamentalmente en que los vicios *in iudicando* implican un pronunciamiento sobre el fondo, con la consiguiente aplicación de la ley sustantiva. *In iudicando* se convierte así en sinónimo de enjuiciamiento del objeto del proceso, la construcción y plasmación del silogismo. No hay, pues, vicios *in iudicando,* a pesar de que exista una sentencia, si acontece una absolución en la instancia y el fondo queda imprejuzgado, porque entonces el tribunal no está enjuiciando la cuestión debatida, juzgando en sentido estricto, lo que comporta aplicar el derecho sustantivo al supuesto concreto para pacificar el conflicto intersubjetivo o social que se le ha planteado. En la sentencia de absolución en la instancia lo que acontece es que, extemporáneamente[[230]](#footnote-230), en el momento de pronunciarse sobre el fondo, el tribunal constata la existencia de un impedimento procesal, un problema atinente a la relación (o relaciones) jurídica procesal y proclama que por ello, debido a este vicio en la construcción de la misma, *in procedendo,* no puede entrar a conocer sobre el fondo.

Es normal, pues, que si todo vicio *in iudicando* comporta un enjuiciamiento sobre el fondo, la aplicación de la ley sustantiva, esta se convierta en el centro de gravedad de aquellos: al final siempre habrá una indebida o errónea aplicación de la misma. Y si bien ello no deja de ser cierto, la cuestión es que resulta una afirmación imprecisa: por el propio fenómeno en que consiste el acto del enjuiciamiento y la naturaleza de las normas que entran entonces en liza, hay que distinguir si la indebida o errónea aplicación de la norma sustantiva es directa o inmediata o si resulta indirecta o mediata, por traer causa de la infracción (inmediata o directa) de un presupuesto procesal.

## Los problemas que suscitan los quebrantamientos de forma atinentes al enjuiciamiento

Como es sabido, debido a la inextricable relación fondo/forma que acontece en el proceso, *infra,* existen normas procesales que regulan la estructura y contenido de la sentencia, tanto interno como externo, del enjuiciamiento, ya sea en el plano de legalidad o en el de constitucionalidad, art. 24.1 CE: desde la exigencia de fundamentación, pasando por la prohibición del *non liquet* (la omisión de pronunciamiento)*,* la carga de la prueba, la prohibición de la arbitrariedad que proscribe pronunciamientos ilógicos o arbitrarios, la exigencia de inmediación, hasta la congruencia, incluyendo la estructura, la clase de la resolución... A ello debe añadirse el elenco de exigencias que prescribe la legislación procesal relativo al momento mismo de la producción del fallo: desde quién puede pronunciarlo, la deliberación y votación…

Son normas procesales, quebrantamientos de forma, pero, dada su interconexión tan intensa con el acto de aplicación del derecho sustantivo a la cuestión debatida, sobre ellas se ha suscitado desde siempre el dilema de cómo deben ser reputadas: vicios *in procedendo* o *in iudicando*, además del tratamiento procesal oportuno que deben recibir.

Pues bien, la opinión tradicional excluía el carácter de vicios *in iudicando* de cualquier infracción procesal[[231]](#footnote-231): lo decisivo en estos (vicios *in iudicando*) es la indebida o errónea aplicación del derecho sustantivo (“el fallo no corresponde a la voluntad de la ley sustantiva”), mientras que si acontece el quebrantamiento de forma: “no puede saberse si aquél (el fallo) corresponde o no a ella (la ley sustantiva). En el primer caso, la justa aplicación de la ley hubiera producido otro resultado; en el segundo, el resultado hubiera sido posiblemente diferente.”[[232]](#footnote-232). Sin menoscabar la autoridad de quien formula semejante afirmación, y la tradición mayoritaria doctrinal que la ha seguido, enseguida se constatan las fallas: ¿si ha existido un error en la valoración de la prueba, a mayor abundamiento si es notorio, no habría existido necesariamente otro resultado?, ¿y si se ha incurrido en incongruencia?, ¿y si aconteció una omisión de pronunciamiento?, ¿y si estamos en presencia de un razonamiento arbitrario o ilógico?...

A nuestro entender, el reduccionismo vicios *in iudicando* = infracción ley sustantiva, incurre en el error capital de intentar separar artificialmente lo inescindible desde el punto de vista lógico: cuando se dicta el fallo entran en escena, a la par y de forma inextricable, normas procesales y sustantivas[[233]](#footnote-233), aunque cada una conserve su esencia. En el momento de la producción del fallo sobre el fondo es cuando se produce la comunión más íntima entre las normas procesales y las sustantivas, porque es entonces cuando el producto final, tras toda la serie o sucesión de actos encaminada a ello, cobra vida. Pero ese producto, la forma y su contenido, está condicionado por presupuestos procesales. Puede afirmarse, aunque parezca extraño, que (la sentencia sobre el fondo) no tiene una entidad material o sustantiva propia que le permita desligarse, ni en su génesis ni en su periplo vital, y vivir al margen de la realidad procesal que la ha engendrado; al contrario, incluso allí donde parece desplegar su eficacia de forma autónoma, en el plano material, necesita de los efectos procesales: como hemos explicado en otro lugar; la eficacia material de la sentencia existe gracias a la eficacia procesal de la misma (la cosa juzgada, la eficacia procesal reducida civil, la sentencia como indicio, el valor de la jurisprudencia).

El intento de salvar las “incongruencias” expuestas conduce inmediatamente a otra solución aún más confusa: ¿por qué no incluir algunos de los quebrantamientos de forma cometidos en el momento de dictar el fallo, los señalados y algún otro más (la cosa juzgada, *e.g.)*, como vicios *in iudicando*? De esta suerte, resultaría que algunas de las reglas (procesales) reguladoras del contenido de la sentencia serían vicios *in iudicando* y otras *in procedendo.* A resultas de esta opción acontece: 1) los quebrantamientos de forma en el momento de dictar el fallo resultan demediados, unos son *in procedendo* y otros *in iudicando*; 2) no existe, ni puede haberlo,un criterio lógico y general para deslindar unos de otros (a veces se olvida que la imposibilidad de esta subdivisión ya la constató el legislador en el orden civil en 1984 e, *infra,* obró en consecuencia)[[234]](#footnote-234); habrá que descender a la clasificación más casuística que se pueda imaginar porque al final el criterio que se toma en consideración, más o menos explícitamente, resulta sospechosamente resultadista: aquellos vicios que permiten dictar un nuevo fallo son *in iudicando*; los que no, *in procedendo.* Con ello se logra salvar el tratamiento procesal homogéneo de los vicios *in iudicando* que, consiguientemente, resultan redefinidos: aquellos que, siendo infracciones de precepto sustantivo o quebrantamientos de forma, permiten dictar un nuevo pronunciamiento y corregir la (directa o indirecta) errónea o indebida aplicación del derecho sustantivo. Una cuestión que, insistimos, en modo alguno debe despreciarse, pues, dada su importancia práctica, ha sido la que ha presidido la actuación del legislador durante cerca de 120 años en el orden civil, *infra*. El problema de esta solución “interesada” es que, por un lado, salva el resultado pero a costa de la integridad de los quebrantamientos de forma en el momento del enjuiciamiento. Y además, por otra parte, tampoco se asegura la solución homogénea: incluso reduciendo la categoría de los quebrantamientos de forma al dictar el fallo a un núcleo reducidísimo dentro de las normas reguladoras de la sentencia, existen supuestos, como se verá, harto dudosos: ¿qué sucede, *e.g.,* con la falta de fundamentación?, ¿y si atañe a la *quaestio facti*? , ¿y cuando es relativa a la *quaestio iuris?,* ¿y las omisiones de pronunciamiento?*..*

Frente a ello, creemos que la intelección que proponemos (son vicios *in iudicando* todos los quebrantamientos de forma que acontecen en el enjuiciamiento), *infra,* permite conservar la naturaleza de la infracción cometida, procesal o sustantiva, a la par que distingue el momento en el que aconteció, y consiente otorgar un tratamiento procesal razonablemente uniforme (porque siempre en los vicios *in iudicando* procesales existirá alguna excepción a la regla general).

## El problema de los vicios *in iudicando* en la casación

### La indefinición inicial del tratamiento de los quebrantamientos de forma *in iudicando*

Donde se demuestra el problema de la identificación exacta de los vicios *in iudicando* es en la historia de la casación, una vez que se admite la ausencia de reenvío y se consiente al TS dictar una nueva resolución sobre el fondo. Efectivamente, *infra,* si al separarnos del modelo francés, primero en lo penal, 1852, y después en lo civil, 1853, se permite, para favorecer el *ius litigatoris*, que en las infracciones de ley, el TS (la misma u otra Sala), dicte un nuevo fallo, surge el dilema de qué hacer con las infracciones procesales cometidas en el momento del fallo y que son responsables directas e inmediatas de la errónea o indebida aplicación del derecho sustantivo. La solución adecuada es evidente: el TS debería también, en la inmensa mayoría de las ocasiones,dictar un nuevo fallo. En definitiva, todos los vicios *in iudicando* (sean quebrantamientos de forma o infracciones de precepto sustantivo) deben tratarse, en principio, de la misma manera en el recurso extraordinario. Pero en aquel momento, desde 1838 hasta 1872, con la casación en construcción y mientras se está refinando técnicamente el elenco de motivos, solo existía una distinción: las infracciones de ley, sin más precisión (solo en 1870 se empiezan a explicitar en lo penal, *infra)*, por un lado, que no provocaban la retroacción, y, por otro, los quebrantamientos de forma que sí lo hacían. Y los vicios a los que nos estamos refiriendo son indudablemente quebrantamientos de forma (en 1870 en lo penal, *infra,* de hecho se incluye el error notorio en la valoración de la prueba dentro de ellos). Mas, sin embargo, el legislador no los incluía en el listado de los quebrantamientos de forma. Ante esta falta de previsión, la cuestión era qué tratamiento procesal debía otorgarse a las infracciones de las normas reguladoras de la sentencia (congruencia, omisión de pronunciamiento…). Y la solución, evidentemente, consistía en entenderlas implícitamente incluidas en las infracciones de ley (de esta manera, conservaban su naturaleza procesal pero recibían el adecuado tratamiento procesal) para no provocar el reenvío.

Su reconocimiento en la Lecrim provisional de 1872 aunque con inadecuado tratamiento procesal que ha perdurado hasta nuestros días

Sin embargo, el panorama lo alteró radicalmente la Lecrim de 1872: con buen tino, distinguió entre las infracciones de ley, que eran, lógicamente, las sustantivas, arts. 797 y ss. (aunque incluían alguna excepción procesal cuando se trataba de ciertas sentencias, *infra),* mientras que por el contrario, y los quebrantamientos de forma, y, a su vez, y esta es la verdadera novedad, dentro de estos diferenció entre los que acontecen durante la tramitación del proceso hasta el momento de la deliberación y fallo, *in procedendo*, art. 803, y los cometidos en el momento de dictar la sentencia, *in iudicando,* art. 804. El problema es que el acierto demostrado al catalogar la naturaleza del vicio en el que se incurrió no fue acompañado del adecuado tratamiento procesal de los mismos, sino que mantuvo el esquema tradicional; las infracciones de ley sustantiva no tenían efecto devolutivo, arts. 842 y 843, mientras que a todos los quebrantamientos de forma se les aplicó la misma solución: la retroacción, art. 858. Este fue el modelo asumido íntegramente en la LECrim de 1882 que se ha mantenido hasta nuestros días: acierto en la catalogación de la naturaleza de la infracción, desacierto en el tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando,* obligando a una absurda retroacción (salvo el error de hecho en la valoración de la prueba que, *infra*, siguiendo la influencia de la Lec, en 1943 se incluyó como una infracción de ley en el art. 849.2 LECrim). El tratamiento procesal resultaba tan insatisfactorio que incluso algunos de los más eminentes procesalistas[[235]](#footnote-235) proponían desnaturalizar la infracción de ley (a modo y semejanza de lo que sucedía en la Lec, *infra)* e incluir en ella, art. 849.1 LECrim los quebrantamientos de forma *in iudicando*, integrándolos en la expresión allí contenida: “norma jurídica del mismo carácter” (que se refiere a la prejudicialidad sustantiva heterogénea). De hecho, solo a través del art. 24 CE, reputando, como es lógico, que las infracciones de las reglas de la sentencia (los quebrantamientos de forma *in iudicando*)constituyen a la vez un quebranto de la tutela judicial efectiva o de la presunción de inocencia, se permite al TS eludir la retroacción y dictar un nuevo fallo, arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim. El mismo esquema se mantuvo con la implantación en 1995 de la apelación frente a sentencias del tribunal del jurado: se aunaron en un mismo párrafo, como veremos inmediatamente que también hacía por entonces también la Lec de 1881 tras la reforma de 1984, los quebrantamientos de forma *in iudicando* e *in procedendo,* art. 846 bis c).a) LECrim, y se les otorgó el mismo tratamiento procesal, art. 846 bis f) LECrim: la retroacción. Como excepción, se excluye la lesión de la presunción de inocencia que, regulada en dos apartados diferentes, art. 846 bis c).c) y e) LECrim, se trata como las infracciones de ley y consiente el nuevo pronunciamiento en la mayoría de las ocasiones. Este tratamiento de las quebrantos de forma *in iudicando* (que se justifica en algún caso por la singularidad de la institución), aunque se ajusta literalmente a lo previsto en la casación, provoca un desajuste porque se desacompasa con lo que, como se ha señalado, realmente acontece, *infra.* Además, hasta que a principios de 2010 se produce el impacto de lleno de la jurisprudencia del TEDH, suscitaba un diferente tratamiento del error de hecho, puesto que, a diferencia de la casación, en esta apelación extraordinaria provocaba la retroacción.

### La solución diferente por la que optó el legislador procesal civil en 1882: erróneo planteamiento dogmático (su inclusión como infracciones de ley), acertado tratamiento procesal

Esta es la situación (la prevista en la Ley de Enjuiciamiento criminal, provisional, de 1872) que existía antes de que en 1881 entrase en vigor la Lec. Y es entonces cuando los caminos de la casación civil y penal se bifurcan definitivamente hasta la LEC 1/2000. El legislador civil operó de forma inversa a lo que había hecho el penal: pensó más en el tratamiento procesal de los vicios alegados que en la naturaleza de los mismos. Lo adecuado, y es donde, como se ha visto, radicaba el problema, era permitir un nuevo fallo si el quebrantamiento de forma es *in iudicando*. Pero el autor de la Lec de 1881 no optó por la solución correcta: enmendar las previsiones de la Lecrim de 1872 y tratar procesalmente los quebrantamientos de forma *in iudicando* como los otros vicios de esa clase (según el momento en el que acontecen): las infracciones de precepto sustantivo. Por el contrario, apostó por la solución fácil y, aparentemente, menos comprometida dogmáticamente: explicitó lo que antes se encontraba implícito precisamente para evitar las consecuencias que resultarían de ello, y catalogó como infracción de ley además de las sustantivas a ciertas infracciones *in iudicando* procesales (el listado de ellas al que hemos hecho referencia)[[236]](#footnote-236). De esta manera se aseguraba que el TS pudiera dictar un nuevo fallo si se trataba de un quebrantamiento de forma *in iudicando* (al menos, los del listado). Pero también, por primera vez en nuestro país, la infracción de ley expresamente ampliaba, con carácter general, su ámbito a ciertos quebrantamientos de forma. Ni que decir tiene que, al margen de las intenciones del legislador, las consecuencias dogmáticas fueron desastrosas: se destruyó la adecuada y necesaria diferenciación entre las infracciones de ley sustantiva y los quebrantamientos de forma[[237]](#footnote-237). Es decir, se desdibujó el concepto de infracción de ley que a efectos de los recursos (y para poder sostener la necesaria, dicotomía, infracción de ley sustantiva/quebrantamiento de forma, *infra*), lo constituyen únicamente las de precepto sustantivo. A partir de entonces los quebrantamientos de forma *in iudicando* perdieron su autonomía y quedaron englobados como una subespecie de las infracciones de ley. El resto de la historia es conocida: en 1984, L 34/84, todos los motivos para recurrir en casación se refundieron en un mismo artículo, 1692 Lec, y, a su vez, los quebrantamientos de forma, *in iudicando* e *in procedendo,* se unificaron en uno de los cinco previstos[[238]](#footnote-238) y se abandonó la pormenorización de las infracciones procesales *in iudicando*, pasando a emplear la expresión genérica de normas reguladoras de sentencia para referirse a ellas. Ciertamente la fusión en un solo párrafo de los quebrantamientos de forma, además de la redundancia de otros apartados[[239]](#footnote-239), no facilitaba la distinción del tratamiento procesal de los vicios *in iudicando* (no retroacción)frente a los *in procedendo* (retroacción), por eso el art. 1715 de la Lec se vio obligado a una alambicada redacción para conseguir dicha finalidad[[240]](#footnote-240).

### Unificación del tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando* a pesar de las previsiones originarias del legislador en cada uno de esos órdenes jurisdiccionales

Ante semejante panorama, ¿cabe extrañarse que al entrar en vigor la LEC y tenerse que distinguir entre quebrantamientos de forma – recurso extraordinario por infracción procesal; e infracción de precepto sustantivo –recurso de casación, hubiera quien pusiera en duda la naturaleza de la congruencia…, de los quebrantamientos de forma *in iudicando?* Sobre todo porque con el planteamiento inicial de legislador, que nunca llegó a entrar en vigor, los quebrantamientos de forma *in iudicando* provocaban la retroacción, al estar encomendado el recurso extraordinario por infracción procesal a los TTSSJJ, arts. 468 y 476 LEC. Es decir, al fin y a la postre, aunque por razones bien distintas, en el año 2000 (en el diseño inicial de la LEC) los quebrantamientos de forma *in iudicando* volvían a tener el mismo e inopinado tratamiento que en lo penal: la retroacción o devolución. Se hermanaban, pero no para lo bueno, una vez más los recursos extraordinarios en lo civil y penal después de casi 130 años de desencuentro: adecuada catalogación de los vicios, inadecuado tratamiento procesal de los mismos (de los quebrantamientos de forma *in iudicando*). Y sin embargo, como resulta conocido, al final, pese a las previsiones del legislador en ambos órdenes jurisdiccionales acontece la adecuada solución: el TS puede, habitualmente, dictar un nuevo fallo cuando se trata de quebrantamientos de forma *in iudicando;* en lo civil porque no llegó a entrar el modelo de recurso extraordinario pergeñado por el legislador, de suerte que se ha mantenido el tratamiento procesal de los mismos implantado desde 1881, dispo. final 16ª.7ª LEC; en lo penal porque, como se señaló, la CE, arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, permite eludir las previsiones de la LECrim (salvo lo que, se acaba de explicar, sucede con el tribunal de jurado que obliga a retrotraer con la excepción de la presunción de inocencia). O dicho con mayor contundencia, se ha salvado el problema del tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando* a pesar de la dicción literal de los arts. 476.2 LEC (que nunca ha entrado en vigor) y 901 bis a) LECrim (derogado de *facto* en los que nos atañe por la CE).

### Matizaciones en el orden penal a consecuencia de la presunción de inocencia y la jurisprudencia del TEDH

Este panorama casi uniforme (con la excepción del jurado) se vuelve a romper inopinadamente por dos factores:

Por un lado, la presunción de inocencia, que, como se ha explicado habilita a un examen más intenso de la *quaestio facti*, tanto en la revisión externa de los medios de prueba como en la amplitud del examen de la fundamentación ilógica de la misma, que no requiere que sea manifiestamente irracional. Además, en casi todos los supuestos permite un nuevo fallo sobre el fondo.

Por otro, la jurisprudencia del TEDH que impide alterar el relato fáctico sin que se vuelva a practicar la prueba personal y esté presente el acusado. Solución que altera radicalmente el diseño de nuestros recursos: desaparecen los recursos ordinarios para la acusación y el error de hecho en casación comporta la nulidad y retroacción, *infra*.

### Los quebrantamientos de forma en el momento de dictar el pronunciamiento sobre el fondo son vicios *in iudicando*

Si hay algo que no puede ponerse en duda respecto de los quebrantamientos de forma cometidos en el momento de dictar el fallo, es su naturaleza procesal. A partir de ahí es cuando surgen las dudas: ¿son vicios *in procedendo* o *in iudicando?,* ¿o acaso, como se ha señalado, algunos de ellos integran una categoría y otros la otra?

Indudablemente cabe utilizar criterios muy restrictivos, únicamente son *in iudicando* los requisitos internos del fallo o, incluso, solo algunos de ellos (la carga de la prueba sí lo sería pero no el deber de exhaustividad…), o bien más amplios, englobando también los requisitos externos (se atendería al producto, al fallo en cuanto que redactado y a todas sus exigencias: internas y externas); o bien, por último, con carácter más abierto aún, también se incluirían todas las exigencias que el legislador dispone desde que el tribunal se retira a deliberar y pronuncia el fallo (requisitos atinentes a la existencia). Ciertamente, existen argumentos a favor de una u otra postura, que a la postre no son sino intentos de graduar cuál es el nivel de conexión que hay que exigir entre el quebrantamiento de forma y el pronunciamiento sobre el fondo para que el primero pueda reputarse como un vicio *in iudicando.* Nuestra apuesta, la más amplia, se fundamenta en la convicción de que cualquier intentode fragmentar el acto del enjuiciamiento, desde el momento de la deliberación hasta la producción del fallo resulta muy difícil de justificar desde el punto de vista lógico y más concretamente del principio de causalidad. ¿Cómo distinguir entre la exigencia de que haya un número mínimo de magistrados en la votación, que estos hayan estado presentes en la vista, que el fallo se debata y adopte con una determinada mayoría de votos, que se redacte por escrito, que se fundamente debidamente la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, que se valore la prueba debidamente…, a efectos de su influencia en la indebida o errónea aplicación del derecho sustantivo? En nuestra opinión, al final el único criterio válido para diferenciar entre unos y otros quebrantamientos es más el temporal que el lógico (dada la imposibilidad de calibrar con precisión este criterio): la proximidad en la secuencia de producción del pronunciamiento sobre el fondo es lo que permitiría distinguirlos. A partir de ahí, el intento de establecer fronteras entre ellos, a nuestro modo de ver, resulta, como se ha señalado, demasiado artificial o voluntarista porque se está pensando más en el tratamiento procesal de los mismos que en su esencia.

Claro que se nos podría objetar que, apurando nuestro razonamiento, y en la búsqueda de la causa última, al fin y a la postre acabaríamos en el inicio de la actividad procesal: el fallo en definitiva trae causa del primer acto que provoca la puesta en marcha del proceso: no existirían los vicios *in procedendo*; todos los quebrantamientos de forma (con trascendencia) serían *in iudicando*, pues el fallo resultaría ser en última instancia una consecuencia de ellos. Objeción que resulta irrefutable, ¿cómo negar que la causa última del fallo es la incoación del proceso? Mas el dilema, a nuestro modo de ver no es ese: no estamos buscando las fuentes del Nilo, o del Danubio, sino constatando que en el desarrollo del proceso y la producción del fallo existen (al margen de la investigación o la preparación del juicio) dos secuencias bien diferenciadas: la actividad desplegada delante del tribunal, el juicio oral en sí mismo, por un lado, y por el otro la actuación que lleva a cabo el tribunal a partir de ese momento, desde que el proceso se declara visto para sentencia, y que culmina con el pronunciamiento sobre el fondo (excluyendo, evidentemente, las diligencias finales, arts. 435 y 436 LEC, o cualquier otro incidente postrero que pueda estipular el legislador y que complemente la actividad de la vista). En definitiva, nos parece imposible separar con criterios lógicos la causa o causas eficientes del resultado final, pero no con carácter general, sino una vez que se ha acotado previamente la secuencia de la formación del fallo en sentido estricto. Porque dentro de esta última secuencia procesal, la deliberación-votación-fallo (aplicación derecho sustantivo), es donde nos resulta muy difícil diseccionar lógicamente, a su vez, entre las infracciones procesales que han conducido a la indebida o errónea aplicación del derecho sustantivo.

A favor de la perspectiva amplia o integradora de los vicios *in iudicando* que postulamos juega la propia experiencia histórica: ya, según se indicó, en la primera manifestación autónoma de estas infracciones, 1830[[241]](#footnote-241), el legislador las definió como las “sentencias dadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes”, y según se va a explicitar *infra*, la circunstancia de que en la producción del fallo hubiesen participado menos magistrados de los exigidos ha pasado de considerarse un vicio *in procedendo* a un vicio *in iudicando,* y así se contempla actualmente en el art. 851.5º LECrim. De hecho, como resulta conocido, la propia LECrim incluye en la producción de la sentencia las reglas de valoración de la prueba, la inmediación, la exhaustividad, arts. 741 y 742 LECrim, dentro del propio desarrollo del proceso, en el Lib. III, en el juicio oral. En el orden civil el TS ha optado por una versión también amplia, aunque deja en el aire algunos de los supuestos que también señalamos[[242]](#footnote-242).

Debe tenerse presente, asimismo, que, a efectos de la distinción que hacemos, la ubicación de una exigencia formal del fallo en uno u otro lugar del texto legal, requisito interno, externo, la deliberación y votación, tampoco es decisiva: la necesidad de inmediación en sentido estricto, que solo puede valorar la prueba quien haya presenciado su práctica, se regula dentro de las reglas de deliberación y votación, art. 194.1 LEC, mientras que para nosotros, esta exigencia contenida en el art. 24 CE (ya sea en la tutela judicial o en el proceso con todas las garantías), está ineludiblemente unida al acto mismo de la valoración de la prueba, como también demuestra el art. 741 LECrim.

Mas la perspectiva integradora que auspiciamos no impide negar el diferente funcionamiento de unos y otros presupuestos formales, por un lado los requisitos internos y por el otro los externos, así como las reglas de deliberación y votación, como vicios *in iudicando*.

- Si acontece la infracción de las normas reguladoras de la sentencia atinentes a los requisitos internos de la misma o sus efectos, (arts. 216, 217, 218, 222 LEC, la congruencia, la carga de la prueba, exhaustividad, fundamentación…, o inmediación, arts. 194.1 LEC, 741, 742 LECrim) dentro del enjuiciamiento sobre el fondo, es imposible negar que la infracción de las normas reguladoras de la sentencia es la causa eficiente de la infracción del precepto sustantivo. La relación de causalidad entre ambas (la causa y el efecto es inmediata o directa). Si no hubiera existido aquella no se habría dado este. Por eso cuando se recurre hay que alegar la incongruencia, la falta de fundamentación, el razonamiento ilógico…, como motivo autónomo que, a su vez, ha conducido a una indebida o errónea aplicación del derecho sustantivo. Puede afirmarse así que lo que se tutela directa o inmediatamente en el recurso es el presupuesto procesal atinente a las reglas reguladoras de la sentencia, e indirecta o mediatamente el quebranto de la norma sustantiva.

- Cuando los quebrantamientos atañen a aquellos que afectan al aspecto más externo de aquel la relación de causalidad mengua en intensidad. Efectivamente, ¿qué sucede con aquellos requisitos que atañen a la estructura externa del fallo?; los que se contemplan en general en los arts. 208 (forma de las resoluciones), 209 (reglas del contenido y forma de las sentencias), 210 (resoluciones orales), 214 (invariabilidad de las resoluciones, en conexión con la cosa juzgada formal, art. 207 LEC). A esos presupuestos, como se señaló, hay que añadir todas aquellas otras disposiciones que regulan cómo debe procederse para la formación del fallo: quién puede dictarlo, la deliberación y votación, la discusión, la votación, la mayoría de los votos, la discordia…, arts. 194 a 205 LEC y 141 a 165 LECrim.

Ya hemos explicado por qué los reputamos como vicios *in iudicando* con la perspectiva amplia de estos que auspiciamos. Pero el interrogante último es, al margen de las razones temporales y lógico-causalistas expuestas, ¿acaso no están demasiado desligados de la aplicación del derecho sustantivo? Efectivamente, es innegable que se encuentran mucho más separados de la aplicación del derecho sustantivo que aquellos que configuran los requisitos internos de la sentencia. En realidad funcionan como instrumentos de estos últimos, son los requisitos formales que deben satisfacerse para que las sentencias además de existir, puedan ser claras, precisas, congruentes, exhaustivas y fundamentadas. Por consiguiente, para apreciar su infracción con trascendencia procesal, han de cohonestarse con estos, con los requisitos internos: así, solo tienen relevancia las infracciones formales que afectan decisivamente a los requisitos internos del fallo: *e.g.*, que se haya prescindido de la numeración en párrafos numerados de los antecedentes o de los fundamentos de derecho únicamente tiene trascendencia si ello afecta decisivamente a la fundamentación (interna) o la claridad del fallo… Y lo mismo debe decirse de las infracciones atinentes a las reglas de la formación de la voluntad del órgano colegiado: únicamente si condicionan radicalmente la existencia y contenido del fallo alcanzarán relevancia (*e.g.* ausencia de votación, falta de mayoría…)[[243]](#footnote-243).

En realidad, la regla de que los quebrantamientos de forma “externos” del fallo, *in iudicando,* deban alcanzar trascendencia, no debe sorprender puesto que es algo común a todo quebrantamiento procesal, aunque sea *in iudicando.* Aunque también hay que considerar la posibilidad de que, excepcionalmente, alguna de las infracciones de los requisitos externos del fallo se repute de tal trascendencia que *per se ipsa* suscite la nulidad radical (desconectada de la trascendencia) por considerarse una forma esencial del fallo: *e.g.,* una sentencia oral en un proceso civil o penal (cuando no se trata de un juez penal o dentro de las conformidades), o dictada por número menor de los magistrados exigidos. Algo que también sucede, evidentemente, en algunos supuestos de los requisitos internos, como por ejemplo, la exigencia de inmediación.

En cualquier caso, conviene reconocer, como ocurre con cualquier clasificación que, a pesar de nuestra perspectiva amplia o integradora de los quebrantamientos de forma *in iudicando,* existen algunas infracciones procesales cuya catalogación, como vicio *in iudicando* o *in procedendo,* puede ser dudosa, como sucede con la imparcialidad del tribunal[[244]](#footnote-244).

Aclarado que los vicios *in iudicando* únicamente tienen lugar cuando existe un pronunciamiento sobre el fondo, lo habitual es que acontezcan en la sentencia, que es cuando está previsto un pronunciamiento de esa índole. Es lo que sucede en el orden civil, donde están proscritos, salvo cuando resultan de actos de disposición de las partes, los pronunciamientos anticipados sobre el fondo; sin embargo, en lo penal, en atención a su idiosincrasia y estructura, es posible que existan resoluciones definitivas diferentes a la sentencia, autos, que contengan un pronunciamiento sobre el fondo: la inadmisión de denuncia o querella porque los hechos no constituyen delito o el sobreseimiento libre, *infra*. Y en ellos puede existir un vicio *in iudicando.*

### Los requisitos internos y externos del fallo también entran en liza cuando no hay un pronunciamiento sobre el fondo, pero carecen de trascendencia respecto del vicio *in procedendo* examinado

Ya se ha explicado que los vicios *in iudicando*  presuponen la existencia de un pronunciamientos sobre el fondo. Lo que sucede es que el panorama se complica en lo atinente a los quebrantamientos de forma *in iudicando*, pues no acontecen exclusivamente cuando el tribunal aplica el derecho sustantivo sino que también entran en escena cada vez que el tribunal dicta una resolución, incluidas las sentencias de absolución en la instancia. Y sin embargo, si hubiese existido algún quebrantamiento de forma, no estamos en presencia de un vicio *in iudicando.*

Efectivamente, los presupuestos procesales del fallo, los requisitos internos y externos (aunque algunos la congruencia en sentido estricto, la inmediación, las reglas de valoración de la prueba, solo existen cuando se enjuicia el objeto) acontecen cada vez que un tribunal dicta una sentencia (en realidad cuando tiene lugar una resolución procesal que no sea de mero trámite), ya sea sobre el fondo o de absolución en la instancia. Así, si la infracción de las normas de la sentencia se refiere a presupuestos procesales, *e.g.,* el tribunal ha omitido pronunciarse sobre los óbices procesales señalados por las partes, no fundamenta, o lo hace de forma ilógica, el rechazo a la objeción a su jurisdicción o competencia…, y realmente existen esos quebrantamientos de forma, no estamos ante un vicio *in iudicando*.Y la explicación es esta: a diferencia del supuesto anterior (los requisitos internos y externos del fallo que originan la indebida o errónea aplicación del derecho sustantivo), la causa eficiente de la infracción del presupuesto procesal en cuestión no es el quebranto de las normas reguladoras de la sentencia. El presupuesto procesal que había que cumplir para poder pronunciarse sobre el fondo, antecede y “absorbe” la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y que obligan al tribunal a motivar, a pronunciarse sobre el… Así, *e.g.,* el tribunal es incompetente o carece de jurisdicción al margen de que el juez no haya razonado nada sobre lo contrario o lo haya hecho de forma ilógica… Por eso aunque la infracción de las normas reguladoras de la sentencia existe cuando el tribunal ha enjuiciado (o ha omitido el pronunciamiento), o lo ha hecho sin mayoría suficiente, cuando se recurre (y, claro está, en la propia resolución) la existencia de ese quebranto carece de trascendencia *per se ipsa*: lo que hay que alegar y demostrar es la incompetencia, la inadecuación de procedimiento…, al margen de lo que el tribunal haya afirmado, o no, sobre ello o lo haya hecho sin la adecuada deliberación o votación.

Con los criterios empleados se agotan todas las posibles infracciones en las que se ha podido incurrir el órgano jurisdiccional y que se puede alegar, con mayor o menor amplitud, en un recurso ordinario o extraordinario. En principio *tertium non datur*, aunque a resultas del sistema de fuentes ha surgido, aparentemente, el quinto en discordia.

La infracción de precepto constitucional no es una categoría autónoma a la infracción de precepto sustantivo o los quebrantamientos de forma

Efectivamente, junto a los dos tipos de vicios señalados se ha añadido la infracción de un precepto constitucional, sobre todo en casación, art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, así como en el recurso extraordinario por infracción procesal y la casación civil, arts. 469 y 476 LEC.

Ya se ha mencionado y se volverá a insistir en la trascendencia del plano de constitucionalidad en los recursos extraordinarios y más concretamente la casación, por cuanto ha redibujado, al menos parcialmente, la posición del TS, art. 123 CE, con lo que ello comporta a la hora de unificar la jurisprudencia, a la par que ha reforzado la tutela del *ius litigatoris*. Ahora nos ocupa una cuestión bien distinta: ¿supone el plano de constitucionalidad una ruptura de la dualidad, infracción de ley (precepto sustantivo) y quebrantamiento de forma, en favor de un triunvirato en el que se incluye la lesión de este plano?

¿Existen las infracciones de ley sustantiva, los quebrantamientos de forma y las infracciones de precepto constitucional como categorías diferenciadas entre sí? ¿Y también cabe distinguir entre los vicios *in iudicando* e *in procedendo* y la infracción de precepto constitucional?

Empezando por lo más evidente, hay que significar que la última distinción resulta imposible porque se entremezclan dos criterios de diferente alcance: uno es el del momento en el que tiene lugar la infracción y otro el que atañe a la naturaleza del precepto lesionado. Por eso, el quebrantamiento del precepto constitucional puede ser *in procedendo* o *in iudicando*, según haya tenido lugar durante la tramitación del proceso o bien en el momento de dictar el fallo.

Por el contrario, la otra diferenciación sí parece más plausible *a priori*: así en el plano de legalidad cabría diferenciar entre los quebrantamientos de normas procesales y los de leyes sustantivas, mientras que, por otra parte, existiría la infracción del plano de constitucionalidad (que, como se sabe, junto a los preceptos constitucionales incluye los principios de esa naturaleza y la jurisprudencia del TC, además –normas no escritas- de las costumbres constitucionales) en bloque, *in toto,* y sin distinción alguna. Ahora bien, esta diferenciación resulta inexacta porque si bien es lógico contraponer el plano de legalidad al de constitucionalidad, resulta imposible ignorar que también hay que diferenciar entre las infracciones procesales y sustantivas en el plano de constitucionalidad. Y es que incluso en este este plano se precisa distinguir entre el fondo y la forma, la infracción procesal y la sustantiva.

La distinción dentro del plano de constitucionalidad entre las infracciones sustantivas y procesales

Dentro del plano de constitucionalidad hay dos ámbitos decisivos en los que existe y se refuerza la diferenciación entre el fondo y la forma, lo que, a su vez, viene a demostrar que dicha distinción aun cuando ostente un cierto grado de artificio no puede dejar de existir, *infra.*

Por un lado en lo que se refiere al enjuiciamiento, dentro de los derechos fundamentales, se diferencia entre la infracción de aquellos de naturaleza procesal, art. 24 CE (aun cuando en algún caso, se reconozca una garantía procesal en otra sede, arts. 17.4, 53.2 CE[[245]](#footnote-245)), y los restantes, sustantivos. Una distinción decisiva para articular su tutela ante la jurisdicción ordinaria (los sustantivos gozan de un proceso específico, mientras que los procesales se amparan en el propio proceso en marcha), algo que resulta especialmente evidente en el orden civil en el que el recurso extraordinario por infracción procesal gira en torno al art. 24 CE, mientras que en la casación se tutelan el resto de los derechos fundamentales, arts. 469 y 477 LEC. Y en el incidente de nulidad de actuaciones, aunque se refiere de forma genérica a los derechos fundamentales, art. 53.2 CE[[246]](#footnote-246), arts. 241 LOPJ y 228 LEC, ha habido que constatar que atañe a los derechos fundamentales procesales para evitar que el TC conozca por primera vez, sin que la jurisdicción ordinaria lo haya hecho, de su posible quebranto[[247]](#footnote-247). Además de que la existencia de los derechos fundamentales procesales suscita una de las cuestiones más delicadas del derecho procesal: dilucidar si al infringir un precepto del plano de legalidad procesal, la LEC o LECrim, también se conculca a la vez el plano de constitucionalidad, el derecho fundamental procesal del art. 24 CE, *infra*. Por otra parte, en la tutela ante la jurisdicción constitucional, a través del amparo, también resulta imperativo diferenciar entre ambas clases de derechos fundamentales: existen diferentes plazos, arts. 43 y 44 LOTC, para interponerlo según la lesión de uno y otro provenga de uno u otro poder (el quebranto del art. 24 CE solo puede tener como origen el poder judicial), y es posible la existencia de amparos mixtos en los que se alega la lesión de ambos, primero de la Admón., y a continuación la del Poder Judicial cuando se pretendió la tutela de los primeros (en el ámbito del proceso penal son especialmente frecuentes en el caso de las detenciones gubernativas si se solicitó el *habeas corpus*[[248]](#footnote-248)). Además, la mayoría de los amparos traen causa de la infracción del derecho fundamental procesal: porque el hecho de que el tribunal ordinario no haya tutelado adecuadamente a un derecho fundamental sustantivo, *e.g.* el derecho al honor, art. 18.1 CE, no constituye en sí misma una nueva lesión de este. De hecho, para poder superar las previsiones de la LOTC, que solo consienten el amparo frente la conducta de los poderes públicos, art. 41.2 LOTC, se utiliza la *Dritwirkung* que no es sino un artificio para eludir la limitación señalada: una ficción por la que se imputa al órgano jurisdiccional ordinario que, al no tutelar adecuadamente el quebranto del derecho fundamental sustantivo por un particular, por ejemplo el honor, art. 18.1 CE, también ha lesionado este (en lugar de la lesión del derecho fundamental procesal, art. 24 CE, que es lo que realmente aconteció). *E.g.,* el recurso de amparo se articulará aduciendo que el tribunal ordinario ha lesionado el derecho a al honor al no considerar vejatorias (o porque la reparación reconocida no se considera suficiente) las afirmaciones que otro particular ha realizado sobre la vida privada del recurrente.

Por otra parte, cuando opera el control de constitucionalidad del plano de legalidad se distingue entre la inconstitucionalidad formal o material[[249]](#footnote-249), *infra*, según que la oposición a la CE resulte en el procedimiento de elaboración de la norma o al propio sistema de fuentes (formal) o al restante contenido de la misma (material).

En realidad, lo que acontece es que en todo proceso o procedimiento (jurisdiccional, administrativo o legislativo), como serie o sucesión de actos destinado al ejercicio de cada una de las potestades del Estado, resulta consustancial la diferenciación entre el rito y el producto final que resulta de aquellos. Y es también una consecuencia ineludible del control del ejercicio de aquellas, ya sea por los tribunales ordinarios o el TC, distinguir entre ambos planos. Entre otras cosas porque la revisión final de cada uno de ellos exige una perspectiva diferente, *infra.*

En definitiva, la contraposición quebrantamiento de forma o infracción de ley sustantiva y la de precepto constitucional resulta desacertada. Porque necesariamente cuando se trata de la tutela de los derechos fundamentales, una de las principales misiones de los tribunales ordinarios en nuestro sistema,[[250]](#footnote-250) hay que distinguir entre los sustantivos y los procesales: no solo para articular el modo de tutela de los mismos, *supra*, sino también para determinar cuál es la solución que debe otorgarse por los tribunales ordinarios cuando constatan la lesión de los mismos, en especial en los recursos extraordinarios.

Puede decirse, consiguientemente, que el atributo procesal o sustantivo cuando se trata de enjuiciar o revisar la actividad jurisdiccional trasciende al plano de legalidad o constitucionalidad: se trata de una dualidad transversal y que opera indistintamente en ambos planos.

Además, y como se ha señalado, el plano de constitucionalidad se integra natural y consustancialmente junto al plano de legalidad (e infralegal), para constituir el ordenamiento jurídico. Por eso, y como se expuso al abordar la nueva modalidad de la casación, *supra,* en realidad no hace falta explicitar que en los recursos, especialmente los extraordinarios, cabe alegar el quebranto del plano de constitucionalidad. Por eso, la perspectiva adecuada del art. 852 LECrim (infracción de precepto constitucional), que no es sino la singularización del art. 5.4 LOPJ en el orden penal, dentro de los motivos para recurrir en casación, no puede ser la de constituir un motivo aislado y autónomo, frente a las infracciones de preceptos sustantivos, *vicios in iudicando*, art. 849 LECrim, y los quebrantamientos de forma, *in procedendo,* art. 850, e *in iudicando,* art. 851 LECrim. Por el contrario, como se ha razonado, las infracciones de preceptos constitucionales no dejan de ser vicios *in procedendo* o *in iudicando*, de naturaleza sustantiva o procesal.

De esta manera, y adecuamente contemplado, el art. 852 LECrim, funciona no aisladamente sino integrado en el esquema originario de la LECrim, implantado desde 1872, de forma que lo amplía[[251]](#footnote-251): las infracciones de precepto sustantivo, art. 849.1 LECrim, ya no serán solo las del plano de legalidad, sino también las del de constitucionalidad, los derechos fundamentales sustantivos, y los quebrantamientos de forma, tanto los *in procedendo*, art. 850 LECrim, como los *in iudicando*, art. 851 (y art. 849.2) LECrim, también incluyen los del art. 24 CE, los derechos fundamentales procesales: “la vigencia del [artículo 852 LECrim](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I871')) no superpone un motivo de casación autónomo y adicional” ATC 40/2018, FJ 7[[252]](#footnote-252).

La integración del plano de constitucionalidad en las infracciones de ley y los quebrantamientos de forma se encuentra reconocida en el proceso penal en la apelación extraordinaria prevista en el Jurado, art. 846 bis c) LECrim[[253]](#footnote-253); y en el orden civil, como se ha señalado, se contempla en la LEC al regular la casación para la infracción de preceptos sustantivos y derechos fundamentales de esa clase, art. 477.2.1º, mientras que el recurso extraordinario por infracción procesal contempla los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales del art. 24 CE, art. 469.1.4º.

# Importancia de los vicios a efectos de su tratamiento procesal

Categorizar los vicios y el momento de su comisión de la forma que se ha hecho, es la única manera de dar una respuesta satisfactoria (al menos de forma sistemática) a la otra gran cuestión decisiva en los recursos: determinar cuándo existe la necesidad de retrotraer las actuaciones y devolver el pleito a los tribunales de instancia o por el contrario, el tribunal *ad quem* puede pronunciar un nuevo fallo. Una de las cuestiones decisivas y que existe siempre con independencia de la naturaleza ordinaria o extraordinaria del recurso. En atención a los diferentes condicionantes, ya señalados, que padece el legislador al diseñar el binomio recursos ordinarios/extraordinarios (los de naturaleza técnica que dependen de su voluntad y aquellos otros, previos, que devienen del sistema de fuentes), en el caso del reenvío los factores más decisivos son aquellos incardinados en la primera categoría. Por eso la existencia del reenvío en los recursos extraordinarios depende fundamentalmente de dos opciones del legislador: 1) la trascendental, consistente en decidir si mantiene el rasgo más importante del recurso extraordinario desde que se implanta la casación: consentir una revisión muy limitada de la *quaestio facti*; 2) la necesidad de agotar efectivamente las instancias, el derecho al doble grado, exigiendo que exista un pronunciamiento efectivo sobre el fondo antes de que en la instancia superior el órgano *ad quem,* pueda hacerlo, *infra*.

En general, los derechos fundamentales procesales lo que determinan es el contenido mínimo de la revisión que acontece en un recurso si el legislador ha decidido implantarlo (si es que se no se veda expresamente su alegación, aunque, *infra*, el tribunal de oficio siempre podrá apreciar su lesión), así *e.g.*, la tutela judicial efectiva impone el control de la racionalidad más extrema del fallo, la presunción de inocencia la revisión de la construcción de la *quaestio facti* sin volver a valorar la prueba… Por eso, como se señaló, estos derechos fundamentales han afectado decisivamente al contenido de la casación. Pero, como regla general, el art. 24 CE no afecta al tratamiento procesal de los quebrantamientos denunciados. Sin embargo, *infra,* como excepción debe señalarse, por un lado, la presunción de inocencia que habilita habitualmente al tribunal que conoce del recurso extraordinario a dictar un nuevo fallo sin necesidad de retrotraer, y por otro, en sentido contrario, la jurisprudencia del TEDH que, amparándose en un cóctel de autoría personalísima, con la excusa de la inmediación, publicidad y contradicción, impide revisar la *quaestio facti* sin volver a practicar la prueba personal y sin que el acusado esté presente en la vista. De esta suerte, obliga en el caso de la acusación y el error de hecho en casación, a retrotraer, y compele al legislador a que en apelación implante el *novum iudicium* (volver a practicar la prueba personal), o si mantiene la *revisio prioris instantiae* convierta a la segunda instancia en un recurso extraordinario para la acusación.

En cualquier caso, como se va a comprobar, resulta evidente que nunca queda en manos del recurrente, ni siquiera del tribunal, el tratamiento procesal del vicio o quebrantamiento estimado en el recurso.

## Los vicios y los recursos ordinarios

### La necesidad de aplicar la distinción entre las infracciones de precepto sustantivo y los quebrantamientos de forma, así como entre los vicios *in iudicando* y los *in procedendo* a los recursos ordinarios

¿Acaso no incurrimos en un oportunismo descarado cuando tratamos de trasplantar la distinción entre infracciones de precepto sustantivo y quebrantamientos de forma y la de vicios *in iudicando* e *in procedendo,* a los recursos ordinarios? ¿No han sobrevivido estos durante todos estos años sin necesidad de acudir a estos criterios?

Para justificar la necesidad de nuestro planteamiento, basta plantear el siguiente reto: ¿puede el lector formular un criterio general válido (aunque haya que añadir algún matiz) acerca del contenido de la sentencia que se debe dictar cuando se estima una apelación civil o penal frente a una sentencia sobre el fondo?, o, por el contrario, ¿tiene que acudir a cada una de las regulaciones específicas y atender a lo que se dice en ellas? Y, en su caso, tras la lectura de las mismas, ¿resulta clara, y predicable con carácter general, la solución ofrecida? Para despejar cualquier duda al respecto, basta echar una ojeada a la regulación del ALECRIM, en lo que atañe a la apelación, *infra*.

Lo cierto es que, como se ha hecho notar, la regulación de los recursos ordinarios ha prescindido de la categorización de los errores a la hora de fundamentar la interposición de aquellos. Ahora bien, las carencias de dicho proceder son imposibles de disimular cuando el legislador se enfrenta al contenido del fallo que se ha de dictar si se estima la concurrencia del vicio. Es entonces cuando la falta de sistemática provoca que las soluciones que se ofrecen resulten dispares en cada orden jurisdiccional además de imprecisas.

* Así, por una parte, nos encontramos con regulaciones que obvian cualquier tipo de precisión y se limitan a señalar, art. 85.9 LJCA, que se dictará la sentencia en el plazo de diez días, probablemente confiando en que la aplicación supletoria de la LEC, art. 4 LEC, colme dicha laguna. El único aspecto positivo de la regulación de la LJCA en este ámbito (el contenido de la sentencia de apelación), ya se ha reseñado: aclara, art. 85.10 LJCA, que aunque el tribunal de instancia no se hubiese pronunciado sobre el fondo, por haber estimado una causa de inadmisibilidad del recurso, el de apelación sí lo hará.
* Tampoco el legislador penal es un dechado de precisión. En la regulación destaca:
* No existe referencia a las infracciones de precepto sustantivo, aunque ello ha de reputarse lógico, como explicamos *infra,* al referirnos a la apelación civil.
* Centrándonos en los quebrantamientos de forma, resaltan, a su vez, dos aspectos:

1. En lo que se puede tildar de regulación tradicional, se limita a señalar, art. 792.3 LECrim, que si se ha tratado de la infracción de una forma esencial del procedimiento se producirá la retroacción de las actuaciones, conservando la validez aquellos actos cuyo contenido no se habría alterado a pesar de la infracción cometida. Hay que deducir, *a sensu contrario*, que en cualquier otro supuesto el tribual *ad quem* (Audiencias o TT.SS.JJ), entra a conocer del fondo. Pero, claro está, ¿cuáles son las formas esenciales del procedimiento? ¿Las *in procedendo* exclusivamente? ¿Y las *in iudicando*?, ¿acaso la incongruencia de la sentencia, art. 24.1 CE, o la presunción de inocencia, art. 24.2 CE…, no son formas esenciales del procedimiento? ¿Entonces los quebrantamientos de forma *in iudicando* provocan la retroacción?... Por otra parte, aun cuando se admitiera una equivalencia entre: formas esenciales del procedimiento- vicios *in procedendo*, el resto (normas reguladoras de la sentencia)- vicios *in iudicando*, resulta evidente que en el último supuesto no siempre cabe dictar un nuevo pronunciamiento sobre el fondo, *infra*.

La falta de precisión del legislador penal resalta con más nitidez al constatar que, para abocar a la retroacción, únicamente ha elegido uno de los supuestos que la regulación de la nulidad de las actuaciones, Lib.I, Tit. V, cap. IX LEC y Lib. III, Tit. III, cap. III LOPJ, contempla como motivo de nulidad radical (la única diferencia es que estos textos en lugar de “formas esenciales” emplean la expresión “normas esenciales”, lo que carece de trascendencia).[[254]](#footnote-254)

1. Las innovaciones introducidas en los arts. 790.2 y 792.2 LECrim por la L 41/2015, que no hace sino trasplantar las previsiones del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, limitando drásticamente los posibles quebrantamientos de forma *in iudicando* que le es dado alegar a la acusación, así como el tratamiento procesal que ha de otorgarse a ellos (sobre esta última cuestión, *in extenso infra*), a resultas de la jurisprudencia del TEDH ya mencionada. El resultado es que la acusación no puede ya alegar el error en la valoración de la prueba *in genere,* sino únicamente el error de hecho, así como la fundamentación ilógica de la *quaestio facti*, además de la improcedente declaración de nulidad y la exclusión de la valoración de la prueba[[255]](#footnote-255). Y en todos esos supuestos procede la retroacción.

Eso significa que estamos ante un recurso extraordinario: una “apelación extraordinaria”, como en el caso del jurado, *infra*. Todo ello para, en caso de ser estimado el vicio, proceder a la retroacción e impedir una primera condena o agravamiento de la pena en la apelación.

En realidad, la actual regulación del recurso de apelación (ya sea la ordinaria o extraordinaria), muestra la misma deficiencia que la de la casación desde la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1872: es el mejor texto procesal a la hora de clasificar los motivos por los que se permite interponer el recurso, art. 790.2 LECrim. Y sin embargo, resulta deficiente al contemplar su tratamiento procesal en el fallo, art. 792 LECrim (aunque en el caso de la acusación se trate de una imposición de la jurisprudencia del TEDH en lo que atañe a la alteración del relato fáctico). Es la antítesis de lo que acontece, como vamos a ver, con la regulación del texto procesal civil tanto en los recursos ordinarios como extraordinarios.

* Efectivamente, frente al criticable, *rectius:* casi inexistente, tratamiento procesal que existe en la LEC respecto a los diferentes motivos para apelar una sentencia, (recordemos que por lo menos, al fin se exige fundamentar el fallo, art. 458.2 LEC, mas únicamente hay una referencia a los quebrantamientos de forma *in genere*, art. 459 LEC), el legislador sí se esmera a la hora de tratar cuál debería ser la resolución de los mismos, si se constata su existencia, en el fallo, art. 465 LEC:
* El autor de la ley solo se refiere a los quebrantamientos de forma e ignora las infracciones de precepto sustantivo; en realidad no se trata de un olvido sino de una omisión voluntaria que parte de una premisa elemental: como no plantea ningún problema su tratamiento procesal ni siquiera en los recursos extraordinarios, con mayor motivo no existe duda alguna acerca de la solución que debe brindarse a las mismas en los recursos ordinarios, esto es, si la ley sustantiva se ha aplicado indebidamente se corregirá en la sentencia de apelación.
* Por eso la atención se vuelca en los quebrantamientos forma. Y a esos efectos distingue:

1. por un lado, entre vicios *in iudicando*, art. 465.3 LEC, que se solventarían en la nueva sentencia y que es la solución adecuada como regla general cuando se trata de un recurso ordinario; aunque resta en el limbo la cuestión de si resulta preciso agotar la primera instancia en el fondo si ha existido una omisión de pronunciamiento o una incongruencia por *extra petita*. Además, *infra,* existen también otras excepciones que obligan a retrotraer como sucede con la falta de fundamentación de la *quaestio facti* o incluso de la *quaestio iuris.*
2. Por otra parte, se contemplan los vicios *in procedendo*, art. 465.4 LEC, y lleva a cabo una subdistinción:

- si pueden ser subsanados, se procederá a ello

- mientras que si, por el contrario, concitan la nulidad radical, habrá que reponer las actuaciones hasta ese momento. Solución que es la adecuada, aunque haya que precisar algunas cuestiones, algo que no corresponde al legislador, *infra*.

En definitiva, tal y como sucediera en 1881 en la regulación de la casación, art. 1692 Lec, el legislador en el orden civil no se centra tanto en cuál es la naturaleza del vicio alegado, cuanto en el tratamiento procesal que ha de brindársele en el fallo.

La necesidad de mantener la distinción entre infracciones de ley y quebrantamientos de forma

Ahora bien, de las diferentes objeciones que cabe formular a la clasificación que preconizamos, la fundamental es la atañe a su propia esencia: ¿por qué seguir insistiendo en la distinción entre el fondo y la forma, infracción de ley y quebrantamiento de forma, cuando se trata de un artificio?; ¿no estamos ante un planteamiento puramente teórico, ya desfasado[[256]](#footnote-256)?, ¿resulta congruente proponer la superación de la perspectiva tradicional de la distinción entre el recurso ordinario y extraordinario, y la esencia de este último, *supra,* así como la que atañe a los fines y naturaleza de la casación, *infra,* para quedar anclados en la vetusta diferenciación fondo/forma?

No cabe negar el artificio que supone distinguir entre el fondo y la forma, pues la propia naturaleza instrumental del proceso en la mayoría de las ocasiones interconecta necesariamente, con más o menos intensidad, la garantía o el presupuesto procesal de que se trate con el interés legítimo o el derecho cuya tutela se impetra (desde la jurisdicción, competencia, el tipo de procedimiento, la acumulación, por no decir nada de la preclusión externa, la cosa juzgada, la litispendencia o la congruencia, que giran en torno al objeto del proceso, el derecho a practicar la prueba pertinente…). Aunque también es evidente que existen excepciones, en las que la propia naturaleza abstracta del presupuesto procesal lo aisla por completo de la realidad material que es el fundamento de la tutela que se impetra: la capacidad para ser parte o la capacidad para comparecer en juicio, la postulación, el depósito para interponer un recurso, las copias de los escritos, el cumplimiento de los plazos, el pago de una tasa (la parte fija y no la variable que además fue declarada inconstitucional, STC 140/16), el principio de audiencia…

Por otra parte, y en lo que nos atañe especialmente, la interconexión entre fondo y forma alcanza la mayor plenitud en el momento mismo del enjuiciamiento, en los vicios *in iudicando*, pues, como se ha explicado, pueden ser tanto infracciones de ley sustantiva como quebrantamientos de forma, cuya lesión directa o inmediata conduce a la indirecta o mediata de aquella. De hecho, ya se ha señalado, al analizar la reforma de 2015 para los delitos de menor entidad, es lo que sucede cuando la indebida aplicación de la ley, 849.1 LECrim, resulta de un interpretación ilógica o irracional de la misma: a pesar de tratarse, *strictu sensu,* de un quebrantamiento de forma *in iudicando*, debería tener cabida a través de aquel precepto y poder acceder a la nueva modalidad de la casación si existe interés casacional. Lo mismo que sucede con la cosa juzgada[[257]](#footnote-257), aunque en el *non bis in ídem* penal también se incluye la vertiente sustantiva, art. 25 CE.

Ahora bien, que exista en muchas ocasiones, aunque no en todas, esa estrecha e inseparable interrelación entre el fondo y la forma, entre el plano procesal y sustantivo, no empece a negar la existencia y debida distinción entre ambos, que es lo que sustenta la diferenciación entre los quebrantamientos de forma y las infracciones de ley. A estas alturas, como demuestra la propia historia del derecho procesal, es imposible negar que existen dos planos bien diferentes: la realidad jurídica material enjuiciada, el plano sustantivo, los derechos e intereses legítimos de dicha clase que se hacen valer, y por otra parte, la relación (o relaciones) jurídica procesal, junto a los derechos (aquí no existen intereses legítimos) de esa clase: la distinción entre las situaciones subjetivas materiales (derechos subjetivos e intereses legítimos) y procesales (derechos, cargas, obligaciones) es las prueba más evidente.

Por otra parte, ya hemos destacado suficientemente, *supra,* que esta diferenciación entre lo sustantivo y procesal no es exclusiva del plano de legalidad sino que también alcanza transversalmente al de constitucionalidad, debido principalmente a la existencia y singularidad de los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE.

Mas incluso reconociendo esa dualidad (innegable), la cuestión sigue siendo demostrar qué trascendencia tiene a efectos de los recursos y justificar por qué el esquema general de los mismos debe partir de ella. ¿Acaso lo decisivo no es la cuestión práctica y no la teórica? Es decir, ¿lo que realmente importa no es saber qué motivo hay que alegar cuando se recurre una decisión y qué debe hacer el tribunal *ad quem* cuando se enfrenta a un tipo de infracción, con independencia de la naturaleza de la misma?, ¿qué más da esta última?, ¿no es eso precisamente lo que, como se ha visto, hizo el autor de nuestra segunda ley de enjuiciamiento civil, decimonónica y plurisecular, al regular el recurso de casación y enumerar lo que debía entenderse por infracción de ley, art. 1692 Lec 1881? ¿Cuál es la utilidad, a efectos de los medios de impugnación, de la dialéctica fondo/forma?

Pues bien, lo cierto es que distinguir entre quebrantamientos de forma e infracciones de ley cuando se estudia a los recursos no es solo útil, sino absolutamente necesario. De entrada, porque, es imprescindible atender a la naturaleza de las cosas, al fenómeno en que consiste el proceso y su resultado, cuando se produce su revisión, para así poder “reparar” las infracciones que se han cometido. De hecho, para calibrar la existencia de una infracción, los parámetros que se utilizan son diferentes dependiendo de la clase de aquella. Además, la forma de “reparar” el vicio es diferente, según se trate de una u otra clase del mismo.

Ya se ha explicado que resulta imposible desdeñar que en toda serie o sucesión de actos encaminada a conseguir o producir un resultado no se puede ignorar la coexistencia de ambas realidades: el protocolo y el producto final; las normas de producción jurídica por un lado, y por otro las relativas al contenido de la finalidad para la que se ha desplegado la actividad de que se trate. Es lo que sucede además del ámbito procesal, en el administrativo, y en el plano constitucional cuando se toma en consideración la producción de las leyes y acontece el control constitucional y se distingue entre la inconstitucionalidad formal y material (vicio formal y sustantivo)[[258]](#footnote-258). Es imposible, pues, no diferenciar entre fondo y forma. Pero esta distinción quedaría en el plano teórico, en una mera curiosidad pedagógica que sirve para comprender la esencia de una institución jurídica, si no fuera por las trascendentales consecuencias prácticas que se han enunciado, a efectos de los medios de impugnación.

La distinción entre fondo y forma es decisiva para calibrar el alcance de la revisión que tiene lugar en un recurso

De entrada, la distinción entre el plano procesal y el sustantivo resulta decisiva para calibrar cuál es el alcance de la revisión que se va a llevar a cabo: si únicamente se examinan las irregularidades formales o si también alcanza al examen de la cuestión de fondo. No hace falta insistir en demasía en que si solo existe una revisión formal, la amplitud de la misma mengua mucho. Y eso es precisamente lo que demuestra la experiencia histórica: es la diferencia fundamental, aunque con variaciones, entre la nulidad y la injustica del fallo: la dualidad entre la nulidad y la apelación: sentencia inexistente/sentencia válida, que se ha ido manteniendo, con variaciones, en los textos históricos hasta el primer tercio del S. XIX en nuestro país. Así se resalta que la distinción entre errores procesales y sustantivos resulta ya decisiva en el derecho romano[[259]](#footnote-259) en la evolución de la nulidad (principalmente forma/invalidez) hacia la apelación (fondo/injusticia)[[260]](#footnote-260). Y en el derecho común italiano y alemán, S. XII, se mantienen esos rasgos esenciales[[261]](#footnote-261). En el derecho castellano esta distinción existe a partir del S. XIII[[262]](#footnote-262), con las Partidas[[263]](#footnote-263). Y en la edad moderna su última manifestación es la Novísima Recopilación[[264]](#footnote-264). Ya se ha señalado que al comienzo de nuestro periodo codificador, al inicio del XIX, cuando se pretende superar el sistema tradicional castellano de los recursos extraordinarios (injusticia notoria y segunda suplicación), la Constitución de Cádiz de 1812, art. 261, los sustituye por el “recurso de nulidad”, fundado exclusivamente en defectos de forma. Solo en el Código de Comercio de Saínz de Andino, 1829, la injusticia notoria (mercantil) admitía tanto los quebrantamientos de forma como la infracción de ley expresa, art. 1218, por lo que se considera el verdadero antecedente de la casación.

La distinción entre fondo y forma también es necesaria para diferenciar el tratamiento procesal del vicio

Además el tratamiento del vicio difiere según sea un quebrantamiento de forma o una infracción de ley sustantiva, tanto cuando hay que ponderar su existencia como, una vez, comprobada, esta, ofrecer el oportuno tratamiento procesal al mismo. Una realidad tan evidente que el legislador en 1984, L 34/84, aunque suprime a efectos procedimentales (la tramitación del recurso) la distinción entre infracciones de ley y quebrantamientos de forma en la casación civil, no deja de reconocer[[265]](#footnote-265).

Por lo que atañe a la apreciación de la existencia, en el caso de las infracciones de precepto sustantivo, su indebida aplicación (lo que incluye la ausencia de la misma), no hay otro mecanismo que constatar cuáles son los preceptos que están en liza y lo que se entiende que debe ser la adecuada exégesis de los mismos, a la vez que se comprueba si el encaje que se ha llevado a cabo de la *quaestio facti* en ellos, subsunción, resulta acertado. Corroborados ambos aspectos relativos a la *quaestio iuris,* atinentes a la proposición normativa y que se encuadran en la premisa mayor y menor del silogismo, que se encontrarán en los puntos de derecho de los fundamentos del mismo nombre, art. 209.3º LEC, su revisión por el tribunal *ad quem* no está supeditada a ningún requisito ulterior.

Por el contrario, en el caso de los quebrantamientos de forma, el test al que resultan sometidos difiere por completo debido a la naturaleza de proceso y la de las infracciones que se cometen durante el mismo. Ya se ha explicado que el proceso es una institución jurídica instrumental cuya esencia no puede entenderse por sí misma: existe en función de la producción del resultado al que está encaminado. Por eso el control de la regularidad del procedimiento y el examen de los vicios que acontecen durante el mismo diferencia según que exista ya ese resultado, una resolución definitiva, o, por el contrario, esta aún no haya tenido lugar. Una vez que ya se cuenta con aquella, la revisión de la regularidad formal, como se ha hecho notar, parte de la premisa de que, salvo que existan vicios radicales *per se* (violencia o intimidación, falta de jurisdicción o competencia, falta de inmediación, ausencia de la presencia del LAJ cuando es preceptiva…), el resto de las nulidades supedita la declaración de su existencia a la trascendencia del vicio en la resolución definitiva: es el recto entendimiento de la “indefensión”, arts. 225.3º, 227.1 LEC, 238, 240.1 LOPJ[[266]](#footnote-266), en los recursos 459 (apelación), 469.3º (recurso extraordinario por infracción procesal) LEC, 790.2.II (apelación) y 846 bis c).a) (“apelación extraordinaria” jurado) LECrim, Ya no basta constatar la concurrencia de un vicio o infracción formal por sí misma, sino que esta ha de ponerse en conexión con el resultado para argumentar de qué manera se habría alterado el resultado final: la regularidad o justicia del acto en sí misma se sustituye por la justicia o regularidad del todo. De suerte que si, a pesar de la existencia del vicio, el resultado hubiera permanecido inmutable, aquel ya no es tomado en consideración o, si se prefiere, resulta sanado. Por eso, junto a otras peculiaridades derivadas del juego de la seguridad jurídica, art. 9.3 CE, los esfuerzos por equiparar las categorías de la nulidad y anulabilidad propias del derecho sustantivo al ámbito procesal, resultan baldíos. Es la perspectiva finalista[[267]](#footnote-267), resultadista o maquiavélica del proceso que ya habíamos anunciado, y que parte de la premisa de que una vez que se cuenta con el producto final, la trascendencia de este, su contenido, se impone necesariamente a la de los actos singulares del protocolo, que ya carecen de entidad por sí mismos (salvo las excepciones señaladas)[[268]](#footnote-268). Como también se ha hecho notar, esta característica no es privativa del proceso, sino también de cualquier realidad jurídica que consista en una serie de actos encaminada a la producción de un resultado, como acontece con el procedimiento administrativo o el proceso de elaboración de las leyes. Así, por ejemplo, en este último caso, para apreciar la existencia de la inconstitucionalidad formal, STC 99/1987, se afirma que “no toda violación del procedimiento genera la inconstitucionalidad misma de la ley resultante, puesto que ha de tratarse de infracciones sustanciales cuya inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras, lo cual determina la necesidad de un análisis casuístico que dirima si la infracción alegada es o no sustancial para la formación de la voluntad de la Cámara.”. Y, por eso, el principio de conservación de los actos, proclamado tanto en el plano procesal como en el administrativo, alcanza su culmen cuando se cuenta con la resolución definitiva, arts. 230 LEC y 243 LPOJ y 51 LPAC:

Ciertamente, dentro de los quebrantamientos de forma siempre va a resultar más fácil argumentar la trascendencia de un vicio *in iudicando* que *in procedendo*, simplemente por la diferencia de proximidad temporal que existe entre uno y otro con el fallo. Así, cuando ha acontecido un error en la valoración de la prueba, una infracción de las reglas de la carga de la misma, falta de fundamentación, incongruencia, omisión de pronunciamiento, razonamiento arbitrario…, no hay que formular ningún juicio hipotético entre la infracción alegada y el contenido del fallo, pues la conexión entre ambos es inmediata (aunque, a tenor, del concepto amplio de vico *in iudicando* que manejamos, *supra,* en algún caso sí que será necesario su argumentación: *e.g.* la exclusión indebida en el momento del fallo de la valoración de una prueba “que pudiera tener relevancia”). Por el contrario, cuando, por ejemplo, se ha denegado un medio de prueba o se ha excluido la posibilidad de alegar una determinada cuestión, habrá que razonar en qué medida ello ha tenido consecuencias trascendentales, lo que comporta un juicio de probabilidades o hipotético[[269]](#footnote-269).

Además, para elaborar un esquema racional del tratamiento procesal del vicio alegado, resulta precisa dicha diferenciación, *infra.*

# CAPÍTULO IV: Infracción de ley (precepto sustantivo)

# La ausencia de un listado de las mismas

La primera nota que singulariza y simplifica en la actualidad a las infracciones de precepto sustantivo[[270]](#footnote-270) es que carece de sentido elaborar un listado de las mismas. Solo en momentos históricos concretos, *supra,* cuando se pretendía restringir las facultades del órgano *ad quem,* se trataba de limitar qué infracción sustantiva se podía alegar: únicamente sobre la existencia de la ley pero no su interpretación; el error de derecho respecto del *ius constitutionis* pero no del *ius litigatoris;* la interpretación de la ley en la premisa mayor pero no en la menor del silogismo… Hoy en día, por el contrario, como se indicó, no existe duda de que a través de ella se alcanza a revisar tanto la premisa mayor (la existencia y exégesis de la norma en sí) como la subsunción del relato fáctico (la premisa menor) en aquella[[271]](#footnote-271).

Ahora bien, no cabe olvidar que, históricamente, la simplificación de las infracciones de la ley sustantiva en la casación es algo relativamente reciente: en el orden penal solo acontece en 1933 cuando se reduce el listado a dos motivos, art. 849 (y el segundo, *infra*, el error en la valoración de la prueba, es un quebrantamiento de forma que, como se ha señalado, por una indebida influencia del art. 1692 de la Lec de 1881, se incardinó en esa sede). Antes, ya desde 1870, el legislador se había empeñado en procurar un listado[[272]](#footnote-272), que aumentó hasta 9 motivos (que incluía algunos artículos de previo pronunciamiento de naturaleza procesal: cosa juzgada, falta de autorización administrativa). Sin embargo, el pre legislador en el ALECRIM ha vuelto a la enumeración, *infra.*

# Impropiedad de la expresión “ley sustantiva”

Es evidente, además, que la misma expresión “ley sustantiva”, resulta impropia en atención a la actual configuración del sistema de fuentes, y que sería más adecuado emplear la de “precepto sustantivo”, como hacemos nosotros, o la de “ordenamiento jurídico sustantivo”, como ya hemos visto que se recogió en 1984 en la Lec, art. 1692.5º, o bien referirse conjuntamente a ambos planos como se hizo en la LECrim, 1995, al implantar la apelación frente a las sentencias del tribunal del jurado, “precepto constitucional o legal”, art. 846 bis c).b). Por su parte, la casación civil, art. 477.1 LEC, emplea la expresión “normas aplicables para resolver el objeto del proceso”, que también engloba el ámbito sustantivo del plano de legalidad y de constitucionalidad.

* Matizaciones
  + - Están directamente incluidos los derechos fundamentales sustantivos, *infra*
    - Debe tratarse de la aplicación definitiva del derecho sustantivo, *infra*, aunque también es posible alegarla cuando se trata de la infracción de ley en una cuestión prejudicial heterógenea no devolutiva (resuelta incidentalmente)[[273]](#footnote-273)
    - Aunque ello no sea algo frecuente, no se requiere que el precepto sustantivo tenga rango de ley, siempre, como ocurre con la prejudicialidad heterogénea, que la aplicación de la norma del plano infralegal integre o supedite (resulte prejudicial) la del precepto penal sustantivo[[274]](#footnote-274).

# Los ALECRIM y ALPEM 2020

Tanto en uno como en otro texto se contempla la infracción de la norma sustantiva como tal. Así sucede en la casación en el ALECRIM en el, art. 744 ALECRIM. En el caso de la apelación, la regulación empeora porque, por un lado, se utiliza la indebida expresión “infracción de ley sustantiva”, aunque luego se corrija, y porque, por otra parte, y siguiendo la equivocada perspectiva casacional de la apelación, *infra,* presenta un listado propio de las versiones antiguas del recurso extraordinario, aunque más incompleto por cuanto no se menciona el error en las atenuantes, agravantes, eximentes, formas de participación o grado de consumación, que han de entenderse englobadas en “la calificación de los hechos”, y además se incluye como infracción de norma sustantiva la condena en costas que tiene una evidente naturaleza procesal (no cabe entender que se trata de una suerte de responsabilidad extracontractual civil porque si no, por mor del principio dispositivo, en ningún caso se podrían imponer de oficio) [[275]](#footnote-275).

Por su parte, el ALMEP, en el proyecto de art. 477.2 LEC, se limita contemplar la infracción de norma sustantiva dentro del recurso extraordinario.

# La imposibilidad de alegar la infracción de doctrina jurisprudencial en el orden penal

La tradicional diferencia formal entre este motivo en el orden civil y penal estriba en que el primero se consiente alegar la infracción de la doctrina legal o jurisprudencial para fundamentar la casación, que ya aparecía contemplada, indirectamente[[276]](#footnote-276), en la primera casación (nulidad) civil, 1838. Y así se mantuvo en la Lec de 1881, (“normas de la jurisprudencia” *sic*, art. 1692.5 tras la reforma L 34/84). Por el contrario, en el orden penal nunca ha sido posible formalmente su invocación[[277]](#footnote-277), aunque en 1870 hubo un atisbo que no llegó a cuajar: la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, art. 63.3º, preveía la casación penal por “violación de ley o doctrina legal” y también se contempló en la reorganización del TS (Salas y competencia) operada en 1875[[278]](#footnote-278). En la actualidad, formalmente no aparece estipulada esta posibilidad en el orden civil ni el recurso extraordinario por infracción procesal, ni en la casación, arts. 469 y 477.1 LEC. En cualquier caso, a efectos prácticos y teóricos, la supresión formal de la jurisprudencia como motivo de la casación por infracción de ley (precepto sustantivo) carece de trascendencia, por cuanto, dentro de las resoluciones impugnables, art. 477.2.3º LEC, recobra una fuerza renovada: el interés casacional consiste fundamentalmente en ello[[279]](#footnote-279). Por otra parte, la negativa a admitir que formalmente en el orden penal el quebrantamiento de la doctrina jurisprudencial consienta *per se* la casación (de esta manera se ratificaría el respeto al sistema de fuentes, al no ser la jurisprudencia –salvo la del TC- una de ellas, y la especial vigencia del principio de legalidad en materia penal, art. 25.1 CE), tampoco tiene trascendencia práctica: precisamente la infracción de la ley sustantiva penal se fundamenta principalmente en cómo la jurisprudencia interpreta la concreta norma sustantiva (*i. e.*: lo que se alega habitualmente no es la redacción desnuda del precepto penal, sino la exégesis que de su contenido le atribuye el TS, salvo que esta aún no haya acontecido). Una realidad ya constatada en el recurso de casación para unificación de doctrina contemplado en el art. 42 LOPJ (menores) y Disp. Adicional Quinta 8 LOPJ (régimen penitenciario), en los que el TS habla de “doctrina jurisprudencial” o “doctrina legal”[[280]](#footnote-280), y que se ha reafirmado en la nueva modalidad de la casación penal para los delitos menos graves: como se vio, se exige el interés casacional, art. 889.II LECrim y este se interpreta tal y como lo proclama la LEC, apartado V Expo. de motiv. L 41/2015 (esto es, jurisprudencia contradictoria o ausencia dela misma).

Tanto el ALMEP como el ALECRIM refuerzan la idea expresada al circunscribir la casación (con la excepción señalada en lo civil) al interés casacional, *supra.*

# Las infracciones de precepto sustantivo solo pueden ser *in iudicando*

El quebranto del precepto sustantivo solo puede tener lugar, salvo contadas excepciones, en un momento: en el enjuiciamiento; se trata necesariamente de vicios *in iudicando.* Además, tanto en el recurso ordinario como en el extraordinario el tratamiento procesal es idéntico, el tribunal, de apreciar la existencia del vicio, dictará una nueva resolución.

## Posibles excepciones

*¿*Cuáles son las excepciones en las que puede acontecer una infracción sustantiva *in procedendo*? Ya se ha señalado que es algo ciertamente infrecuente, patológico. Por una razón elemental: raramente la norma sustantiva funciona como una cuestión prejudicial en una disposición procesal. No es algo habitual debido a que las normas procesales no integran en su *fattispecie* elementos de derecho sustantivo porque la aplicación de este acontece al final del proceso aunque, como se ha señalado *supra*, el presupuesto de muchas instituciones procesales descanse en las situaciones jurídicas materiales afirmadas por las partes (en el objeto que se plantea): competencia, tipo de procedimiento... Además, lo cierto es que en muchos de los supuestos, los conceptos jurídicos o fácticos que integran los preceptos procesales tienen una entidad propia, independiente, aunque pueda estar vinculada a las normas sustantivas: el riesgo de fuga, el arraigo, el riesgo para la víctima, la posibilidad de seguir cometiendo hechos delictivos…

Por otra parte, también hay que reparar que en lo penal, como ha destacado la doctrina tradicional para diferenciarlo del orden civil, la “mirada” a la norma sustantiva es mucho más recurrente e intensa una vez que se pone en marcha el proceso: desde la admisión de la querella porque los hechos constituyen delito, pasando por la permanente constatación de que existen indicios de la comisión de los mismos para acordar actos de investigación, de imputación como el auto de procesamiento, la adopción de medidas cautelares, la mutación del procedimiento en función del delito... Evidentemente, ello se debe a la propia idiosincrasia del proceso penal que cuenta con dos fases inexistentes en otros órdenes: la investigación y la fase intermedia. Fases que traen causa de dos razones fundamentales: primera, la necesidad de una investigación pública de unos hechos con apariencia delictiva, en la que las medidas cautelares y los propios actos de investigación, así como las imputaciones formales o no, se hacen en función de una determinada perspectiva jurídica (lo que refuerza la teoría normativista frente a la naturalista) respecto de un material en permanente transformación (el objeto del proceso está en construcción); y segunda, la conciencia de que la mera existencia de un proceso penal y la condición de investigado, aunque esté revestida de garantías que revitalizan en derecho de defensa, no deja de tener una repercusión negativa en la esfera de los derechos subjetivos de aquel, en especial el honor, art. 18 CE (al margen de aquellos otros afectados directamente por los actos de investigación o las medidas cautelares) y sus posibles repercusiones en la integridad psíquica, art. 15 CE y el patrimonio, art. 33 CE. Aunque el pre legislador, ALECRIM, *supra,* confunda la realidad sustantiva descrita con una imposible vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia como regla de trato. Por eso, el inicio y la continuación del proceso penal tras la fase de investigación, además de la posible conversión en uno u otro procedimiento inicialmente o en la fase intermedia, arts. 309 bis, 757, 795.1, 625, 779.1. 2ª a 5ª LECrim…, están supeditadas a un juicio de verosimilitud de muy diferente grado (porque el material sobre el que se proyecta es muy diverso) que se realiza también bajo una concreta perspectiva jurídica. Existen, pues, en el proceso penal, pronunciamientos anticipados sobre el fondo, de muy diferente calado, *infra*, y que en el proceso civil resultan imposibles (solo si la tutela impetrada no la contempla nuestro ordenamiento jurídico cabe inadmitir una demanda).

Todo ello sin desconocer, sin embargo, la necesidad en el orden civil de atender estrechamente a los preceptos sustantivos cada vez que se exige un examen parcial de la legitimación al examinar ciertas instituciones procesales: la intervención, arts. 13, 14 y 150 LEC, la existencia de legitimación extraordinaria, art. 10.II LEC, el litisconsorcio pasivo necesario, arts. 12 y 420 LEC, la existencia del *fumus boni iuris* de las medidas cautelares, 728.2 LEC, supeditar excepcionalmente la admisión de la demanda a la presentación de prueba documental, art. 266 LEC, la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones sin haber sido parte, arts. 241.1 LOPJ y 228.1 LEC… Ahora bien, por las razones expuestas, se trata de hipótesis excepcionales, frente a la “cotidianidad” del proceso penal.

Mas con todas esas precisiones, ¿puede negarse entonces que el tribunal cuando admite la querella, determina la duración de la fase de investigación, decide la continuación del procedimiento a través de un cauce u otro, acuerda un acto de investigación, dispone una medida cautelar o realiza un acto de imputación, lo hace con la mirada puesta en la ley sustantiva? La respuesta es indudablemente negativa, como se ha adelantado: claro que interpreta y emplea la proposición normativa sustantiva para aplicar el precepto procesal. ¿Y no cabe decir entonces que está aplicando la ley sustantiva? Es más, ¿acaso no es posible que se produzca una indebida aplicación de la misma que resulte decisiva a efectos del proceso? Por ejemplo, se puede entender equivocadamente que los hechos constituyen un delito de terrorismo a efectos de decidir que la investigación pueda alcanzar los 18 meses, art. 324.2.g) LECrim, o que estamos ante un delito de tráfico ilícito de órganos humanos y autorizar un agente encubierto, art. 282 bis.1 apartado 4.a) LECrim, o que se trata un delito doloso con una pena con límite máximo de al menos tres años de prisión para acordar la interceptación de las comunicaciones telemáticas, art. 588 ter a. LECrim, o que los hechos encajan en un delito de al menos dos años de prisión para acordar la prisión provisional, art. 503.1 LECrim… ¿Cómo rebatir entonces que la indebida aplicación de la ley sustantiva mediatiza la aplicación errónea del precepto procesal con consecuencias decisivas para el proceso? ¿No es una infracción de la ley sustantiva *in procedendo*? A mayor abundamiento, ¿cómo negar esta última denominación si al enfrentarnos a los quebrantamientos de forma *in iudicando* se emplea idéntico razonamiento, aunque invertido: la infracción procesal es la que motiva la indebida aplicación de la ley sustantiva?

Como se ha venido adelantando, la respuesta es doblemente afirmativa: sí, hay una aplicación del derecho sustantivo que funciona como un presupuesto prejudicial del precepto o institución procesal. Y en ese sentido cabe hablar, indubitablemente, de una infracción de precepto sustantivo *in procedendo*. Ahora bien, se trata de una infracción de esta clase solo en un sentido muy amplio o lato. Y es que en los casos que nos ocupan solo cabe hablar de una aplicación provisional, no definitiva, de la ley sustantiva sobre un material también provisional y cambiante. Por eso se produce una aplicación de intensidad muy rebajada respecto de la que acontece en las resoluciones definitivas. Al integrar la “mirada sustantiva” provisional el presupuesto de un precepto procesal, y fundarse en una *quaestio facti* también coyuntural,la necesidad de su tutela *per se ipsa*, de revisar la aplicación del derecho sustantivo en sí misma, se desvanece y se convierte en instrumental respecto de la institución procesal en la que se ha integrado: se “procesaliza” la infracción sustantiva provisional hasta el extremo; cabría decir que la infracción de ley sustantiva *in procedendo* existe pero con una intensidad tan disminuida que no tiene entidad para ser reputada como tal. Así, lo decisivo en los ejemplos expuestos estribará en determinar las consecuencias procesales que resultan de haber errado en la aplicación de un precepto procesal que integraba en sí esa mirada provisional sobre el derecho sustantivo: ¿qué hacer con los actos procesales que han sido el resultado de esa infracción procesal? En definitiva, la pregunta esencial y habitual de los errores *in procedendo*: ¿son válidos los actos de investigación que han excedido de los seis meses porque los hechos en modo alguno podían reputarse un delito de terrorismo?, ¿puede utilizarse la información del agente encubierto aunque el *factum* provisional no podía considerarse un delito de tráfico ilegal de órganos humanos?, ¿qué hacer con la información obtenida con la interceptación telemática si la *quaestio facti* contingente no comportaba un delito doloso de al menos tres años de prisión?... Y es entonces cuando se repara en lo afirmado: en que en todos esos casos no estamos tutelando en realidad las normas sustantivas, el delito de terrorismo, el tráfico ilegal de órganos humanos…, porque no se han aplicado de forma definitiva sino provisionalmente sobre un material fáctico también de esa naturaleza, sino que son los principios y derechos que sustentan cada una de las instituciones procesales de que se trate, los que deben ser tutelados: el proceso sin dilaciones indebidas cuando se trata de una investigación penal, la interdicción de la arbitrariedad el derecho al secreto de las comunicaciones… En realidad, la “mirada sustantiva provisional” se erige en uno de los presupuestos que permiten delimitar o restringir, según sea el caso, las garantías procesales, los derechos fundamentales procesales o sustantivos, constituyendo, en la mayoría de los casos, el elemento decisivo en la ponderación del principio de proporcionalidad. Por ese mismo motivo, jamás sería posible recurrir en casación alegando la infracción de los preceptos penales en cada uno de esos supuestos, sino que se impetrará la presunción de inocencia (en la medida en la que se emplea indebida pero decisivamente material resultante de la lesión del derecho fundamental), el derecho de defensa, el proceso sin dilaciones…

En definitiva, la nota de provisionalidad y la ausencia de la aplicación definitiva de la ley material impiden hablar en todos estos casos de una infracción de ley sustantiva, *strictu sensu,* *in procedendo*. Precisamente, cuando acontece lo contrario: la aplicación definitiva de aquella (la ley sustantiva), antes de la sentencia, se precisa de su tutela incluso en casación, como sucede con el sobreseimiento libre fundado en la intelección de la ley sustantiva, arts. 637, 779.1, 782.1, 783.1 LECrim (también cuando el artículo de previo pronunciamiento o la cuestión previa se funda en la prescripción, arts. 666.3º, 786.2 LECrim, art. 36.1.a LOTJ). Ahora bien, como nos enfrentamos a un resolución definitiva, equiparable a una sentencia sobre el fondo, con la consiguiente eficacia procesal, no cabe entender que se trate de un vicio *in procedendo*, sino *in iudicando,* al que el legislador precisamente desde siempre –inicialmente más restrictivamente- ha procurado acceso a casación si en el proceso cabía dicha posibilidad, arts. 846.ter.1 –en contradicción con el art. 848- y 847.1 LECrim y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005[[281]](#footnote-281)). Empero, también es cierto que el legislador no siempre ha mantenido el criterio de forma lineal, de manera que en algún caso ha admitido inopinadamente la casación frente a resoluciones interlocutorias en las que se ha producido una aplicación provisional de la ley sustantiva, como sucede con el auto mediante el que el juez de instrucción califica como falta (delito leve) los hechos que se venían instruyendo como un proceso ordinario, art. 624 LECrim, que hoy en día carece de sentido[[282]](#footnote-282).

Es tal la importancia del factor de la aplicación definitiva del derecho sustantivo a la hora de su tutela, que incluso en presencia de una resolución definitiva si aquella no existe, se veda el acceso a casación, como sucede cuando se inadmite la denuncia o la querella por no constituir los hechos delito, arts. 269 y 313 LECrim. Se trata de una resolución definitiva que ha impedido entrar en el fondo del asunto fundada en una exégesis equivocada de un precepto penal sustantivo pero que carece de la eficacia de cosa juzgada material[[283]](#footnote-283), por lo que únicamente procede la apelación (art. 313 II LECrim para la querella; mientras que en la denuncia si se trata del proceso ordinario el recurso procedente sería la queja, art. 218 LECrim). En este sentido, y aplicando el Acuerdo señalado *supra,* STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 435/2005 de 8 Abril, 2005, Rec. 955/2004. Únicamente de forma indirecta[[284]](#footnote-284) cabría que un auto de inadmisión de la querella accediese a casación[[285]](#footnote-285). Debe advertirse, sin embargo, que no ha sido esta siempre la interpretación histórica del legislador, así, ya la primera casación penal general, la ley provisional de 18 de junio de 1870, Montero Ríos, art. 2, tercero, admitía la casación frente a las sentencias que inadmitían denuncia o querella (y el cuarto, frente a las que denegaban la queja si se había rechazado la apelación frente a esa inadmisión) y así se mantuvo en el art. 797, cinco y seis, de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872 (aunque ahora se trataba ya de autos) y que se trasladaron a los núms. 5 y 6 de la versión original del art. 848 LEcrim, que se reformó a estos efectos por la ley de 16 julio de 1949[[286]](#footnote-286). Y un reducto de esta tendencia histórica se encuentra en la previsión del art. 848 LECrim que permite la casación frente a autos (sentencias, art. 846 ter.1 LECrim) por falta de jurisdicción[[287]](#footnote-287).

### Las lesiones de los derechos fundamentales sustantivos *in procedendo*

Donde no cabe negar la existencia de una infracción de ley sustantiva *in procedendo* es la lesión de un derecho fundamental sustantivo (cuyo titular no tiene por qué ser el investigado) cuando se lleva a cabo un acto de investigación o una medida cautelar: la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, la libertad ambulatoria, la intimidad… Es innegable que existe esa lesión porque, a diferencia de los supuestos anteriores (ley penal sustantiva), sí se produce una aplicación definitiva de la norma sustantiva, del precepto constitucional: el contenido de los derechos fundamentales sustantivos de los art. 15 CE (la integridad física o psíquica), 17CE (la libertad deambulatoria), 18CE (la intimidad, la inviolabilidad del domicilios, el secreto de las comunicaciones)…, está llamado a desarrollarse plena y definitivamente en estos (y otros) actos jurídicos, sin que sea necesario esperar a otra conducta ulterior para su desplegar su eficacia definitiva. Mas incluso en estos supuestos, también se “procesaliza” la infracción; si bien la lesión del derecho fundamental es plena y definitiva su aplicación, la forma en que se tutela no es completa, por la propia estructura y funcionamiento del proceso. Y es que mientras el proceso está en marcha, lo decisivo es si el resultado del acto de investigación puede emplearse o mantenerse la medida cautelar. Por eso, *lite pendente*, la reparación de la lesión no puede ser completa, sino tangencial: solo se toman en consideración las consecuencias procesales de la lesión del derecho fundamental sustantivo, sin atender a la responsabilidad del autor de la conducta y, consiguientemente, sin consentir el resarcimiento total del titular del derecho fundamental sustantivo. Podría decirse que únicamente existe una reparación y responsabilidad procesal; en el proceso acontece exclusivamente una “tutela procesal” del derecho fundamental sustantivo. La “mirada” con la que se contempla a los derechos fundamentales sustantivos es a través de los “anteojos” del art. 24 CE y de los derechos fundamentales procesales allí contenidos, lo que explica que, en ocasiones quien impetra la tutela de aquellos no es su titular sino el de los derechos fundamentales procesales. Por eso, se produce un enjuiciamiento abstracto o constitucional de la lesión del derecho fundamental: así, *e.g.* el tribunal deberá decidir si se ha producido una lesión de la inviolabilidad del domicilio en el plano estrictamente constitucional, sin inferir si existe responsabilidad civil o penal, o incluso disciplinaria, del autor de la conducta. Para ello, para lograr el pleno y decisivo resarcimiento del derecho fundamental sustantivo habrá que esperar al final del proceso e impetrar el oportuno resarcimiento de los daños, responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, así como la posible responsabilidad señalada. Y no puede ser de otra manera porque si no el proceso no podría llegar a buen término: si se pretendiese otorgar una tutela plena e independiente a los derechos fundamentales sustantivos definitivamente lesionados en una resolución interlocutoria, el proceso se paralizaría sin remedio. Ya que entonces habría que incoar una suerte de procesos paralelos e independientes para cada una de esas lesiones: un proceso sobre la lesión de la libertad ambulatoria afectada por la prisión provisional, otro acerca de la inviolabilidad del domicilio respecto de la entrada y registro que se ha practicado… En realidad, y bien mirado, en el caso de los derechos fundamentales procesales sucede otro tanto pero con intensidad invertida: su tutela más inmediata e intensa acontece el propio proceso, porque ese es el hábitat natural y exclusivo del art. 24 CE, y porque el derecho fundamental procesal pretende salvaguardar directamente unas garantías y principios procesales que se han conculcado y exigen una restitución inmediata y total en ese plano; ahora bien, tampoco la tutela es completa pues, al igual que con los derechos fundamentales sustantivos habrá que esperar al final del proceso para obtener, en la forma señalada, el complemento de la tutela del derecho fundamental procesal: la vertiente “sustantiva” y en este caso tangencial del mismo.

La perspectiva estrictamente procesal con la que se considera las lesiones de los derechos fundamentales sustantivos, mientras el proceso está en marcha, se refuerza cuando, como se ha señalado, se constata que en la mayoría de los casos, precisamente la tutela de los mismos se hace a través de otro derecho fundamental, en este caso procesal (cuyo titular, como se señaló, no tiene por qué coincidir con el del derecho fundamental sustantivo lesionado, *e.g.,* se ha lesionado la inviolabilidad del domicilio no del investigado sino de la pareja o un hijo): se alega la lesión del proceso con todas las garantías para impedir que el resultado del acto de investigación acceda al proceso, o bien se aduce la infracción de la presunción de inocencia si el material obtenido fue empleado en la condena… Precisamente por eso, en buena lógica, no debería accederse ni a casación ni a amparo alegando la lesión del derecho fundamental sustantivo sino del procesal: porque a efectos del recurso en cuestión lo decisivo es la conducta procesal consistente en el empleo del material obtenido y su trascendencia en el fallo, nunca la lesión del derecho fundamental sustantivo, que resulta ser una cuestión prejudicial y que el tribunal no vuelve a lesionar cuando emplea indebidamente aquel material. Este es el fenómeno explicado: la conducta del tribunal lesionando el derecho fundamental procesal en cuestión (el proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia…) absorbe y “procesaliza”, cobrando autonomía propia, art. 24 CE, al quebranto del derecho fundamental sustantivo que se convierte en un elemento prejudicial de la tutela del primero. Cuando se afectan los derechos fundamentales sustantivos en una medida cautelar sucede otro tanto, acontece directa y definitivamente el quebranto del derecho sustantivo, *e.g.* la libertad en la detención o prisión, pero la tutela intraprocesal del mismo se procesaliza a través de la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE. Por eso, en estos casos sigue siendo imposible impetrar una tutela autónoma, que llegue hasta el amparo, de esos derechos estando el proceso en marcha; tan solo se toma en consideración la continuación de la medida cautelar. Como excepción, ha de citarse el supuesto de la prisión provisional, en la que, dada la naturaleza del derecho y de la medida cautelar, se ha autorizado el recurso de amparo autónomo o el proceso de *habeas corpus,* art. 17.4 CE[[288]](#footnote-288).

# Tratamiento procesal de las infracciones de precepto sustantivo

Como ya se ha anticipado:

-En el recurso ordinario: una segunda instancia, aunque sea una *revisio prioris instantiae,* con la posibilidad de volver a entrar en la *quaestio facti,* implica necesariamente que el órgano *ad quem* corrija cualquier vicio atinente a la aplicación de una norma sustantiva (ya sea la existencia o la interpretación de la misma tanto en la premisa mayor como en la menor del silogismo).

Por resultar algo impuesto por la naturaleza del recurso ni la LEC, art. 465 LEC, ni la LECrim, art. 792, lo manifiestan expresamente, pero sí se deduce *a sensu contrario* (pues no está prevista la retroacción en ese caso).

-En lo que se refiere al recurso extraordinario, por otro lado, ya se ha advertido que es una nota común a nuestra casación, frente al sistema casacional originario francés, la ausencia del reenvío cuando se trataba de la infracción de ley. Se entiende como una protección al *ius litigatoris*, aunque también apuntala, como no puede ser de otra forma, al *ius constitutionis*. Es cierto que en la primera casación, civil, que aún conservaba el nombre de nulidad, RD de 4 noviembre de 1838, se producía en todo caso el reenvío, art. 18. Sin embargo, primero en lo penal (contrabando y defraudación), la casación que parcialmente se inaugura en 1852, RD 20 de junio, art. 103, determina la ausencia de reenvío (aunque el hecho de que la nueva sentencia se dictase por otra sala podía provocar contradicciones, si esta entendía que no había existido la infracción). Es con la instrucción del marqués de Gerona, 1853, donde se suprime por primera vez el reenvío en lo civil y luego se mantiene en la primera ley de enjuiciamiento civil de 1855[[289]](#footnote-289) para la infracción de ley, art. 1060. Y desde entonces se ha mantenido hasta la actualidad, arts. 902 LECrim y 487 LEC[[290]](#footnote-290).

En conclusión, respecto de las infracciones de ley sustantiva no existe diferencia alguna entre los recursos ordinarios y extraordinarios: ni en cuanto a la amplitud de su alegación, ni en la forma de alegar su lesión, ni en el tratamiento procesal de la misma.

## *L*os vicios sustantivos en el ALECRIM Y ALMEP

Como consecuencia de la inadecuada exposición de los motivos (en especial los de forma, *infra*) el tratamiento de los vicios resulta inexistente en el ALECRIM: sin distinguir se afirma, tanto en apelación como en casación, que se dicta la resolución que proceda[[291]](#footnote-291).

Y en la misma línea el ALMEP resulta igualmente impreciso, con el problema añadido de que añade una coletilla según la cual si hubiera doctrina jurisprudencial cabría provocar la retroacción, lo que implica un evidente retroceso histórico y carece de sentido[[292]](#footnote-292).

# CÁPITULO V. Los quebrantamientos de forma

A diferencia de las infracciones de ley sustantiva presentan una mayor complejidad, porque pueden tener lugar en ambos momentos, durante la tramitación del proceso y en el acto mismo del enjuiciamiento, y porque el tratamiento procesal de los mismos, en atención a ese factor, puede ser diferente según se trate de un recurso ordinario o extraordinario.

# *In procedendo*

## Concepto

Respecto de ellos, su naturaleza procesal, nunca ha habido dudas. En contraposición a lo que se ha explicado que constituyen los vicios *in iudicando*, son aquellas infracciones procesales cometidas durante la tramitación del proceso, resoluciones interlocutorias, o bien en la propia resolución definitiva que no se pronuncia sobre el fondo del asunto aunque estas últimas, como se señaló, carecen de trascendencia *per se ipsas[[293]](#footnote-293)*.

Ahora bien, también se ha indicado que, tras un examen más detenido, hay que reconocer que excepcionalmente cabe la lesión de un precepto sustantivo, los derechos fundamentales sustantivos, durante la tramitación de un proceso (infracción de ley sustantiva *in procedendo*), pero dado que la tutela de estos es parcial y se procesaliza a través del art. 24 CE, *supra,* sigue siendo válida, con este matiz, la afirmación de que los vicios *in procedendo* son siempre quebrantamientos de forma.

## El listado de estas infracciones

### Carácter abierto en los recursos ordinarios

Dada su naturaleza de aparente listado abierto de motivos (aunque, como se ha explicado, al fin y a la postre todos los motivos son tasados), en los recursos ordinarios no tenía sentido intentar elaborar un catálogo de los mismos.

### El listado en la casación

Todo lo contrario, y por ese motivo, aunque *a sensu contrario,*  nuestro recurso extraordinario, la casación, desde el principio, siguiendo las pautas del recurso de nulidad y la *querella nullitatis*, como se explicó, se dedicó a enumerar un listado de los mismos que, con ciertas variaciones, es similar en lo civil y penal. Ya se explicó, enumerándolos, que la primera casación civil, 1838 incluía hasta 7 motivos específicos, transformados en 9 por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. También se indicó que la primera casación penal (contrabando y defraudación), transcribía esos 7 motivos con alguna variación[[294]](#footnote-294). Un listado homogéneo, con variaciones, en ambos órdenes jurisdiccionales[[295]](#footnote-295).

En definitiva, el sistema del catálogo o listado de quebrantamientos de forma *in procedendo* para la casación perduró durante todo el XIX tanto para lo civil como lo penal. De hecho, en lo penal, como resulta conocido, esta versión del listado, aparentemente cerrado, de los quebrantamientos de forma *in procedendo,* ha pervivido hasta nuestros días, art. 850 LECrim (art. 911 en la versión original). Mientras que en lo civil sí se produjo la abstracción a través de la L 34/84, art. 1692[[296]](#footnote-296). En consecuencia, el listado en lo civil se ha mantenido desde 1838 hasta 1984, mientras que en lo penal desde que se implantó en 1852 ha pervivido hasta nuestros días.

### Regulación actual

En cuanto a su regulación actual ya se ha apuntado:

-En el orden penal la apelación, art. 790.2 LECrim, se refiere a los quebrantamientos de forma *in genere* (sin distinguir entre *in iudicando* e *in procedendo*)[[297]](#footnote-297), y en la casación, como se ha expuesto, el art. 850 LECrim, al mantener un listad o cerrado, es una auténtica reliquia histórica, carente de utilidad, por incompleto, tanto en el plano de legalidad como en el de constitucionalidad (por eso hay que acudir al art. 852 LECrim para alegar los quebrantos de derechos fundamentales procesales *in procedendo)*. Como se señaló, la regulación de la “apelación extraordinaria” frente a sentencias del tribunal del jurado, tiene la ventaja de realizar una formulación genérica de los mismos, art. 846 bis c) a) LECrim, y distinguir entre el plano de legalidad y constitucionalidad, aunque los agrupa en el mismo apartado (por influencia de la Lec de 1881, reformada en 1984, *supra*) con los *in iudicando,* con consecuencias negativas para el tratamiento procesal de estos últimos, *infra*.

-En el orden civil la apelación, *supra*, al igual que en el orden penal, art. 459 LEC, solo se contemplan genéricamente los quebrantamientos de forma[[298]](#footnote-298). La regulación más acertada es aquella del recurso extraordinario por infracción procesal civil, puesto que sí comporta la abstracción (aunque no es absoluta y tiene redundancias) de los motivos, y, sobre todo, sí los diferencia de los quebrantamientos de forma *in iudicando*, art. 469.1[[299]](#footnote-299) LEC.

Por ello, lo procedente sería tomar conciencia de una vez por todas: 1) que resulta imposible elaborar un listado exhaustivo de estos quebrantamientos, como resulta evidente también de la enumeración de los motivos de nulidad, arts. 225 LEC y 238 LOPJ; 2) que hay que diferenciarlos de los quebrantamientos de forma *in iudicando*; 3) que su enumeración debe coincidir, en principio, en los recursos ordinarios[[300]](#footnote-300) y extraordinarios, y eso tanto en lo civil como en lo penal: consisten en todas las infracciones procesales del plano de legalidad y constitucionalidad, salvo aquellas que se cometen en el momento de dictar sentencia (los *in iudicando*). En realidad, solo se excluyen aquellos quebrantamientos de forma del plano de legalidad y constitucionalidad relativos a los requisitos internos y externos de la sentencia, cuando existe un pronunciamiento sobre el fondo.

Tampoco se puede ignorar que la superposición que acontece en los quebrantamientos de forma entre el plano de legalidad y de constitucionalidad, en especial cuando se exige la trascendencia, hace casi imposible diferenciar entre uno y otro una vez que se produce la resolución definitiva, salvo alguna rara excepción, *e.g.,* si el registro, ante la ausencia del titular, representante o familiar, se ha practicado en presencia de dos testigos que no son vecinos del mismo pueblo, art. 569 LECrim (exigencia que sí se incluía en el art. 5 de la Constitución de 1869[[301]](#footnote-301), en vigor cuando se publicó la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal de 1872 cuyo texto se trasplantó a la actual) o si, en la apertura de la correspondencia, las hojas selladas se guardan en el mismo y no en otro sobre, art. 586 LECrim,...

*El ALECRIM y ALPEM 2020*

El ALECRIM, en la apelación, al enumerar los quebrantamientos de forma, que impropiamente se denominan, infracción de ley procesal, art. 730, recoge los *in procedendo,* contraponiéndolos a una enumeración incompleta y desacertada de los *in iudicando[[302]](#footnote-302).*

Y en lo que atañe al recurso de casación, el pre legislador al abordar los motivos, arts. 744 y 745 ALECRIM, incurre en una gran imprecisión, ya que, al igual que el borrador de 2013[[303]](#footnote-303), se limita a contraponer a la infracción de norma sustantiva la “infracción de precepto constitucional.” Como se ha explicado, largo y tendido, lo opuesto, no existe otro motivo, al quebranto de un precepto sustantivo es la infracción de una norma procesal. Los “preceptos constitucionales” se integran, según su naturaleza, sustantiva o procesal, en una u otra categoría. Por eso hay preceptos constitucionales sustantivos y otros procesales (el art. 24 CE). De esta suerte hay que entender que en la infracción de los preceptos constitucionales se incluyen naturalmente los quebrantamientos de forma. ¿Mas qué sucede con las infracciones del plano de legalidad procesal? Por otra parte, carece de sentido el empleo de esta terminología cuando, con anterioridad, Expos. de motiv. LXXXII, se plantea, exclusivamente, la adecuada dualidad: “quebrantamiento de forma o infracción de norma procesal” vs. infracción de precepto sustantivo[[304]](#footnote-304).

El ALMEP al abordar la casación, proyecto de art. 477.2 LEC enumera sencillamente la posibilidad de alegar la infracción de precepto sustantivo o procesal[[305]](#footnote-305). Y dentro de los segundos no distingue entre los *in procedendo* e *in iudicando.* Tal es el grado de simplicidad que ni siquiera se menciona la necesidad de la trascendencia de los quebrantos procesales, ni siquiera de los *in procedendo.* Lo único que se recoge es el clásico presupuesto procesal de la denuncia previa del vicio, proyecto de art. 477.6 LEC.

Tratamiento procesal: diferencias entre los recursos ordinarios y extraordinarios

Lo que sí difiere es el trato procesal que existe de estas infracciones según se trate de un recurso ordinario o extraordinario. Y es que, en atención a las diversas facultades que existen para el tribunal que conoce de cada uno de esos recursos, en el extraordinario como se ha comentado no cabe entrar, salvo ciertos supuestos, *infra,* en la *quaestio facti*, resultaría la siguiente regla general: en el recurso ordinario, si es posible subsanar el vicio procesal, el órgano *ad quem* puede hacerlo y pronunciarse sobre el fondo. *E.g.,* si se ha denegado una prueba o admitida no se ha llegado a practicar, o bien no ha existido un trámite de audiencia…; por el contrario en los recursos extraordinarios el tribunal se ve abocado a provocar la retroacción.

Sin embargo, en lo atinente al recurso ordinario hay que precisar:

Primero, ni mucho menos resulta fácil con carácter general concretar cuándo cabe la subsanación o si hay que retrotraer. La única regla que parece evidente es esta, subsanar o completar ha de entenderse en sentido estricto: el proceso ha de haber terminado su tramitación ordinaria, agotando todas sus actuaciones, incluyendo la celebración del juicio con la práctica de la prueba y la valoración de la misma, *infra*. La razón última de esta intelección estriba en el propio concepto de la segunda instancia, como una *revisio prioris instantiae* y de la casación como una revisión de la aplicación del derecho sustantivo y procesal (con un conocimiento muy limitado de la *quaestio facti*), fundadas ambas en existencia de un vicio o infracción que ha ocasionado un perjuicio. Ello exige que exista previamente una actuación “completa” procesal (que haya habido un juicio con práctica de prueba y valoración), a partir de la cual se pueda subsanar los vicios y completar, en su caso, la actividad desplegada (procesal y sustantiva)[[306]](#footnote-306).

Lo que en principio podría resultar discutible es nuestra exigencia de que haya existido una valoración de la prueba por el tribunal de instancia para permitir al órgano *ad quem* subsanar el vicio *in procedendo* y dictar un nuevo fallo. En el orden penal ya no cabe dubitar, puesto que la exigencia de inmediación impide volver a valorar la prueba personal, lo que implica necesariamente que el órgano *a quo* haya tendido que ponderarla previamente. Bien es cierto que en el orden civil, al permitirse aducir el error en la prueba en la apelación sin restricciones, cabría sostener que sería posible que el órgano *ad quem* valorase por primera vez toda la prueba. Ahora bien, entendemos, que la exigencia constitucional de inmediación, proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE, rectamente entendida comporta que el órgano que por primera vez y en toda su plenitud debe valorar la prueba es aquel ante quien se ha practicado. En la segunda instancia lo que se consiente es alegar un error en la valoración de la misma, una revisión de esa ponderación, lo que sin duda implica volver a valorar, pero siempre a partir del sustrato o base fijado por el tribunal de instancia. Este es el recto entendimiento de la *revisio prioris instantiae* en lo que atañe a la *quaestio facti* por el juego de la inmediación. Por este motivo, excepcionalmente, cuando no se haya producido la debida fundamentación de la valoración de la prueba practicada, vicio *in iudicando*, también acontece, *infra*, excepcionalmente, la retroacción.

Segundo, en el proceso penal, habría que distinguir:

* En lo que atañe a la defensa, la apelación sigue siendo un recurso ordinario (aunque no quepa volver a valorar la prueba personal), por lo que cabe solicitar la práctica de nueva prueba, o que se valore la que indebidamente se rechazó.
* Respecto de la acusación, al haberse convertido para ella la segunda instancia en un recurso extraordinario, “apelación extraordinaria”, para evitar una primera condena o agravamiento de esta, sin volver a practicar la prueba personal y sin que esté presente el acusado, resulta que:

1) Ya no podrá solicitar en la segunda instancia la práctica de prueba indebidamente denegada o que admitida no fue practicada; solo si se puede volver a valorar la prueba (aunque sea con los estrechos márgenes que impone la inmediación en el proceso penal), tiene sentido que se practique un medio de prueba.

2) Tampoco, consiguientemente, podrá impetrar la práctica de prueba nueva con la que no se contaba (para que se retrotraiga y se practique ante el tribunal *a quo*). Como excepción restaría el supuesto de que al recurrir el condenado solicite la práctica de nuevas pruebas, en cuyo caso parece lógico que también la acusación pueda hacerlo aunque ceñido al objeto de las que propone la contraparte.

En definitiva, en la apelación para la acusación tras la reforma de 2015, los quebrantamientos de forma *in procedendo* relativos a la actividad probatoria, no cabe solicitar nueva prueba, con la excepción señalada, y se tratarán procesalmente de la misma manera que en la casación.

*Regulación actual*

\* Respecto a la regulación actual, y en lo que atañe al recurso ordinario, que solo existe para la defensa, ya se ha señalado, *supra*, la insuficiencia del art. 792.3 LECrim (que centra la cuestión en los quebrantamientos de formas esenciales del proceso). Por el contrario, el art. 465.4 LEC sí otorga un tratamiento procesal adecuado, *supra* (si cabe la subsanación del quebrantamiento de forma *in procedendo* se procede de esa manera).

\* En el recurso extraordinario lo que procede en todo caso es la retroacción y la devolución de lo actuado, ya que el tribunal no puede subsanar y entrar a conocer de la *quaestio facti*. Acerca de ello ha habido unanimidad históricamente tanto en la casación penal como en la civil, art. 901 bis a) LECrim y Disp. Final decimosexta 1.7ª LEC, desde que se implantó la casación en 1838. Y en el recurso extraordinario, apelación, frente a las sentencias dictadas por el magistrado presidente del tribunal del jurado, también está prevista la retroacción, art. 846 bis.f) LECrim. Por otra parte, las trascendentales consecuencias que se acaban de exponer para la acusación en la apelación extraordinaria, ni siquiera se mencionan sino que hay que deducirlas del art. 792.2 LECrim.

*El ALECRIM y ALMEP 2020*

El pre legislador en el ámbito penal no resulta acertado:

- En la apelación (que a la postre mantiene los mismos rasgos que en la actualidad, *infra)*, porque, de entrada, al referirse a los quebrantamientos de forma (incluidos los vicios *in iudicando),* da a entender que solo cabe solicitar la nulidad, art. 730 ALECRIM, aunque después en el caso de los vicios *in procedendo* se corrige y dispone que el recurrente señalará si cabe la subsanación y cuál es el alcance de la nulidad solicitada, art. 731.2 ALECRIM. Incurriendo así en el error que denunciamos: que depende del recurrente el tratamiento procesal de los vicios alegados. Y al final, como colofón, al regular el contenido de la sentencia de apelación señala que estos vicios provocan la retroacción en todo caso[[307]](#footnote-307).

- En el recurso extraordinario y lastrado por la incomprensible catalogación genérica de todos los quebrantamientos de forma como infracciones de precepto constitucional (que provoca la exclusión del plano de legalidad procesal), es incapaz de formular, para cualquier tipo de vicio, otra conclusión que la genérica de que se dictará la sentencia que proceda, art. 759.2 ALECRIM.

Y en lo civil, el ALMEP, ya se ha indicado *supra* sus dos deficiencias: al no distinguir los vicios procesales se limita a señalar que la casación se resolverá por sentencia. Y que se resolverán en primer lugar las infracciones sustantivas o procesales que provocan la retroacción, versión propuesta del art. 487.1 y 3 LEC.

*In iudicando*

La complejidad de su estudio

Los quebrantamientos de forma *in iudicando* son aquellos que acontecen en la resolución definitiva que se ha pronunciado sobre el fondo. Su análisis es el más complejo porque:

En primer lugar, como se ha explicado, el hecho de que los vicios *in iudicando* también puedan ser de ley sustantiva concita el peligro de negar la existencia de los de naturaleza procesal. En el pronunciamiento del fallo sobre el objeto es cuando la intimidad, la interconexión, entre la norma procesal, la instrumental, y la sustantiva alcanza su cénit. Ya se ha expuesto suficientemente que esta circunstancia, encontrarnos en el momento procesal en el que se produce la aplicación definitiva del derecho material (con la excepción de los derechos fundamentales sustantivos en las resoluciones interlocutorias, *supra*) ha convertido, con razón, a la infracción de ley sustantiva en el centro de gravedad de los vicios *in iudicando*, hasta el extremo de inducir a la confusión de negar que estos viciospuedan consistir en quebrantamientos de forma: la instrumentalidad de la norma procesal resulta tan patente que existe el riesgo de que el análisis de la corrección (interna y externa) de fallo se diluya en la propia esencia de aquella (la norma sustantiva).

El segundo elemento que aumenta exponencialmente la complejidad del estudio de los quebrantamientos de forma *in iudicando* estriba en dilucidar hasta dónde alcanzan los mismos. Hemos explicitado *supra* por qué consideramos que han de englobar todas aquellas exigencias procesales que existen desde que el tribunal declara visto el juicio para sentencia y que se refieren a la producción del fallo: requisitos internos, externos y los atinentes a la deliberación y votación de aquel.

Además, como se ha venido anticipando y se va a explicar inmediatamente, el análisis de los quebrantamientos de forma *in iudicando* resulta capital para diferenciar, en la actualidad, los recursos ordinarios de los extraordinarios, porque son los que delimitan el alcance del ejercicio de la potestad jurisdiccional del tribunal que conoce del recurso: en tanto en cuanto se permita revisar la fijación de la *quaestio facti* hasta el máximo posible (según el contenido de los derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia): si no cabe alegar el error en la valoración de la prueba *in genere* (sin más limitaciones que las que impone la inmediación en lo penal[[308]](#footnote-308))y únicamente se consiente corregir la arbitrariedad extrema o manifiesta en la fundamentación del relato fáctico, se tratará de un recurso extraordinario con independencia de cómo lo haya bautizado el legislador.

Ahora bien, en lo que atañe al tratamiento procesal, los vicios *in iudicando* (incluyendo también las infracciones de precepto sustantivo) presentarían, en principio, muchos menos problemas, ya que la solución en los recursos ordinarios y extraordinarios es habitualmente la misma: el tribunal *ad quem* dicta una nueva resolución. También se puesto de relieve que siempre existen excepciones que, en nuestro caso, aumentan al entender de forma amplia lo que se entiende por normas reguladoras de la sentencia, y que obligan a la retroacción. Además y singularmente, en lo penal juegan dos factores signo contrario: por un lado el derecho a la presunción de inocencia consiente al órgano *ad quem* dictar un nuevo fallo absolutorio en supuestos en los que procedería la retroacción; por otra parte, la jurisprudencia del TEDH ha ocasionado un nuevo tratamiento procesal del error de hecho o patente en la valoración de la prueba en los recursos extraordinarios. Sin embargo el problema del tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando* aumenta exponencialmente en los recursos (ordinarios y extraordinarios) en el caso de las omisiones de pronunciamiento, al entrar en escena la libertad del legislador para fijar el alcance del derecho al doble grado, *infra.*

Concepto

Los quebrantamientos de forma *in iudicando* se catalogan como las infracciones procesales cometidas en la sentencia o resolución definitiva sobre el fondo en el plano de legalidad y constitucionalidad. A tenor de lo expuesto englobarán: error en la valoración de la prueba, quebranto de la carga de la prueba, aprobación sin suficiente número de magistrados, sin deliberación alguna o sin la mayoría necesaria, infracción absoluta de la forma de la sentencia (si existe una sentencia oral donde no cabe…), incongruencia, carácter ilógico o arbitrario del fallo (que derivará en ocasiones de la infracción de la carga de la prueba), omisión de pronunciamiento, falta de fundamentación, presunción de inocencia, ausencia de inmediación…

El plano de legalidad y constitucionalidad

Como sucede con todos los quebrantamientos de forma, la distinción entre uno y otro plano será muy difícil de apreciar ya que, como se ha explicado, la exigencia generalizada de indefensión para aquellos comporta la superposición entre ambos. Ahora bien, ya se hizo constar que solo forman parte del contenido de los derechos fundamentales procesales aquellos vicios o infracciones que el TC, dada su posición en el ordenamiento jurídico, esté habilitado a revisar. De esta suerte, ni el error *in genere* en la valoración de la prueba ni la denominada arbitrariedad común, integran la tutela judicial efectiva; solo forman parte de esta el error de hecho o notorio, y la arbitrariedad manifiesta. Ello significa que en los recursos ordinarios sí cabrá alegar y revisar los dos primeros, mientras que en los recursos extraordinarios solo es dable aducir los dos últimos. Aunque existen dos importantes matizaciones:

* En el caso de los recursos ordinarios y extraordinarios no se exige la arbitrariedad manifiesta en la fundamentación de la *quaestio iuris* para su revisión.
* La presunción de inocencia amplía el ámbito de la revisión de la *quaestio facti* que se consiente a la defensa.

## Los vicios en la construcción de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*

Aunque es evidente que ni mucho menos agotan la totalidad de los quebrantamientos de forma *in iudicando,* sí que es cierto que ellos concentran la principal atención del análisis de aquellos en los recursos extraordinarios, porque en ellos (en su amplitud) se cifra la distinción entre los recursos ordinarios y extraordinarios.

### Vicios en la formación de la *quaestio iuris*

Integran todos aquellos quebrantamientos de forma acontecidos al resolver el debate estrictamente jurídico sustantivo que se suscita al tribunal. Evidentemente, consisten principalmente en el análisis del razonamiento o la fundamentación empleada por el tribunal al aplicar la ley sustantiva: especialmente la exhaustividad, congruencia y racionalidad, además, lógicamente, de la propia existencia de aquella.

Existen dos importantes precisiones:

Primera, como ya se advirtió, solo la arbitrariedad manifiesta integra el contenido de la tutela judicial efectiva, sin embargo, en el plano de legalidad no existe duda de que se revisará cualquier tipo de arbitrariedad, la falta de lógica, en que haya incurrido el tribunal *a quo.* Ya se trate de un recurso ordinario o extraordinario, se entiende que integra la competencia funcional del tribunal *ad quem* la posibilidad de analizar íntegramente la lógica de la fundamentación jurídica de la aplicación de la ley sustantiva. Por eso, en este sentido, una vez asentado en nuestro ordenamiento el deber de fundamentación, *de iure*, el art. 24.1 CE no supuso una ampliación de la revisión de la *quaestio iuris* que se puede hacer en los recursos extraordinarios.

Segunda, no cabe olvidar que la arbitrariedad descrita no deja de ser un quebrantamiento de forma *in iudicando*, pero que, como se hizo notar, en presencia de casaciones “sustantivas” (las penales en caso de menores, régimen penitenciario y la nueva modalidad, así como la casación civil), se reputa directamente como la infracción de precepto sustantivo, para consentir la revisión de la aplicación de este.

### Vicios en la formación de la *quaestio facti*

Lo que distingue en la actualidad al recurso ordinario del extraordinario es la amplitud de estos vicios que se pueden alegar en cada caso. Tradicionalmente solo se consentía en el recurso extraordinario una revisión muy limitada en la formación del relato fáctico: el error de hecho, infra. Pero la CE ha consolidado y ampliado decisivamente la misma. Debe tenerse presente, además, que a resultas de la jurisprudencia del TEDH, *infra,* se entiende que “los elementos subjetivos del delito”, “elementos internos” o intenciones del autor de la conducta enjuiciada (entre los que se incluye el error respecto de la tipicidad o antijuricidad), por constituir inferencias o deducciones a partir de la prueba practicada, integran la *quaestio facti[[309]](#footnote-309)*.

#### La quaestio facti y el ius litigatoris

La exclusión de la revisión de la la *quaestio facti* en un recurso, cualquiera que sea el motivo de la misma, comporta que el recurso desplaza su centro de gravedad del elemento principal de la premisa menor, la construcción del relato fáctico, a la actuación del tribunal en la premisa mayor: lo atinente a la existencia de la norma que sirve para decidir el asunto así como su “interpretación”, además del adecuado acomodo del relato fáctico en la misma, la subsunción.

De esta suerte acontece una abstracción del recurso extraordinario: si lo que se revisa es la aplicación del derecho y se deja de lado el control de la *qaestio facti* (la construcción de la misma, no su encaje en la norma), es evidente que se abandona un aspecto decisivo de la singularidad del asunto que se sometió al tribunal. En el recurso extraordinario ya no se controla si la convicción del tribunal acerca de la existencia de los hechos aducidos por las partes resultó acertada (o al menos si puede formularse un juicio de probabilidad lo suficientemente elevado para que queden fijados en el fallo, sin que existiera otra hipótesis alternativa suficientemente plausible), sino si resultó atinada la aplicación del derecho que realizó el tribunal *a quo* a partir de la declaración de hechos probados. Y ello siempre que las normas esenciales del procedimiento se hubiesen respetado, pero excluyendo las que atañen a la valoración de la prueba y la fundamentación del relato fáctico.

La abstracción de la casación con el consiguiente abandono del examen de una parte, (la construcción del relato fáctico) de la singularidad del asunto que se le somete al tribunal, significa que en ella se prima la tutela del derecho objetivo frente al subjetivo. Aun cuando en la fijación de los hechos también esté en liza (porque la distinción entre derecho objetivo y subjetivo no deja de ser relativa y artificial, *infra*) el derecho objetivo: las normas que regulan la valoración de la prueba (y las presunciones), es notorio que predomina el interés subjetivo de las partes en la adecuada determinación de los hechos controvertidos, porque es lo que singulariza su concreta situación jurídica.

De esta manera puede afirmarse que al dejarse de lado la formación de la *quaestio facti* en la casación, se reafirma la tutela del *ius constitutionis* frente al *ius litigatoris*. Esta es una de las mutaciones esenciales que acontece en nuestro país en el régimen de los recursos extraordinarios cuando en el primer tercio del XIX se abandona el sistema tradicional castellano (que, como se ha explicado, sí consentía la revisión de la *quaestio facti*).

Ahora bien, sería un error ubicar en dicho momento, en la implantación de la casación francesa y su expansión por el continente, el origen histórico de este fenómeno. La limitación al error de derecho y a la protección del *ius constitutionis* es un rasgo distintivo del recurso extraordinario, la nulidad (aunque no sea un antecedente directo de la casación), frente a la tutela del *ius litigatoris,* el error de hecho, propio de la apelación ya desde el derecho romano, y que se expande al derecho común a través de la recepción que del mismo hacen los glosadores[[310]](#footnote-310), aunque en el derecho histórico castellano los recursos extraordinarios no lo mantuvieran.

Sin embargo, como se va a insistir inmediatamente, desde muy pronto en nuestro país cabe una revisión limitada de la *quaestio facti* a través del error de hecho notorio en la valoración de la prueba (si consta en documento), lo que, junto a la muy temprana inexistencia de reenvío, refuerza la tutela del *ius litigatoris* en nuestra casación y la distingue del modelo francés, reforzando nuestra tesis, *infra*, de que pretender instituir una esencia originaria de la casación a la que hubiera que retornar, es una utopía que, anclada en una óptica sincrónica, ignora la mudable esencia de las instituciones jurídicas, incluso de las instrumentales, y la inevitable naturaleza diacrónica de las mismas.

#### La CE y la revisión de la quaestio facti

Ya se ha reseñado la trascendencia de la CE en la consolidación y ampliación de la revisión de la *quaestio facti*  en los recursos extraordinarios a través del contenido de dos derechos fundamentales procesales: la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, como mecanismos específicos que impiden la existencia de pronunciamientos arbitrarios, art. 9.3 CE. A tenor del primero, art. 24.1 CE, el error de hecho ya no es una opción para el legislador y, esta es la novedad, se consiente constatar la arbitrariedad manifiesta de la fundamentación de la *quaestio facti*. Mediante el segundo, la defensa ostenta el derecho a la revisión externa de los medios de prueba así como al de la racionalidad (sin necesidad de que se trate de una arbitrariedad manifiesta) de la fundamentación del relato fáctico.

A efectos de su exposición, se distingue entre la revisión que se realiza de los vicios en que se ha podido incurrir en los dos elementos que integran la construcción del relato fáctico: la valoración de los medios de prueba así como la fundamentación de aquel.

##### Vicios en la valoración de la prueba

* Error en la valoración de la prueba

Es el motivo que señala los límites tradicionales entre el recurso ordinario y extraordinario[[311]](#footnote-311).Como punto de partida, aunque habrá que matizarlo inmediatamente, puede afirmarse que el recurso ordinario consiente alegar como error *in iudicando* de naturaleza procesal el error en la valoración de la prueba, mientras que el extraordinario no. Además, como también se explicado, *supra*, la posibilidad de alegar el error en la valoración de la prueba (y, consiguientemente, de entrar en la *quaestio facti* sin más limitaciones que la inmediación*)* comporta otras dos consecuencias que distinguen a los recursos ordinarios de los extraordinarios:

* En los ordinarios cabe solicitar la práctica de nueva prueba sobre el fondo[[312]](#footnote-312).
* Un diferente tratamiento procesal de los vicios *in procedendo*: en los recursos ordinarios, cuando es posible se subsanan, mientras que en los extraordinarios hay que retrotraer.

La diferencia actual entre los recursos ordinarios y extraordinarios tiene una explicación histórica. Ya se ha señalado que una de las distinciones esenciales entre la casación y los recursos extraordinarios del sistema castellano derogado por ella, es que en la casación, siguiendo al modelo francés, no cabe una revisión del complejo fáctico. Aunque se ha hecho referencia a una explicación histórica puntual (la necesidad de reducir la carga de trabajo de la Corte de Casación una vez que se integra en el poder judicial) de esta limitación, tampoco podría extrañar a tenor de la naturaleza originaria de aquel recurso (si consistía en un mecanismo de control del poder judicial para evitar que “invadiera” al poder legislativo), no es ilógico que tendiera a ceñirse a la revisión de la *quaestio iuris.* La casación francesa, y sus herederas, adquieren así, como se ha explicado, un carácter “abstracto”*.* De hecho, inicialmente se prohibió que el órgano casacional francés conociese en cualquier caso del fondo del asunto, aunque con posterioridad ello se superó cuando la *Cour de cassation* admitió también el error en la aplicación de la ley (el control de la calificación jurídica de los hechos, la subsunción, que realizó el tribunal). Pero, en todo caso, el error se ciñe siempre a la *quaestio iuris* y nunca alcanza a la *quaestio facti[[313]](#footnote-313)*. Este rasgo identitario de la casación francesa, la imposibilidad de la revisión de la *quaestio facti*, se importa a nuestro país en la primera casación, el recurso de nulidad de 1838[[314]](#footnote-314). Y se erige en el rasgo distintivo desde entonces de la casación y por ende de los recursos extraordinarios, frente a los ordinarios, dentro de nuestras fronteras. De suerte que se sigue proclamando taxativamente, “Este recurso (…) sólo permite revisar la interpretación del Derecho, dejando intocados los hechos que dieron por ciertos los Jueces de la instancia”, STC 89/2002, FJ 2, sin atender a las importantes excepciones que a continuación se enumeran.

Ahora bien, hay que matizar inmediatamente que no es cierto que en los recursos extraordinarios de nuestro país no quepa alegar el error en la valoración de la prueba, sino que únicamente cabe esgrimir un error de esa clase muy limitado: aquel que se pueda comprobar mediante un examen externo y que no implique volver a valorar la prueba (que es lo que realmente tiene prohibido el órgano *a quem*).

Efectivamente, desde muy temprano se atemperó la prohibición de que el TS entrase en la fijación de la *quaestio facti,* consintiendo la revisión en la misma si se había incurrido en un error “notorio”: cuando el TS sin necesidad de revisar la valoración de la prueba pudiese constatar de manera objetiva que el tribunal se había apartado del resultado de la prueba practicada sin que resultase contradicho con otras. Este es, consiguientemente, uno de los rasgos propios que identifican a nuestra casación y la separan del modelo francés. Y para semejante operación hay que diseñar un instrumento de contornos precisos para que el TS, sin salirse de el, y sin extralimitarse en la revisión de la *quaestio facti,* pueda utilizarlo como elemento que compruebe si el órgano *a quo* incurrió en un error objetivo o notorio al ponderar la actividad probatoria. Se crea así una herramienta procesal: el documento auténtico a efecto casacional, cuya definición y delimitación varía en el tiempo y orden jurisdiccional aunque coincide en la esencia, que conduce a la exigencia de la “literosuficiencia” del mismo, y que debería revisarse hoy a tenor de la existencia de los soportes audiovisuales que graban las vistas, arts. 230.3 LOPJ, 147 y 187 LEC, 743 LECrim[[315]](#footnote-315). En realidad, lo que resulta decisivo no es tanto la dicción de la norma, necesariamente abstracta (casi hasta el punto de constituir, históricamente, una norma procesal en blanco), sino el contenido que le otorga la propia jurisprudencia. Este motivo aparece por primera vez en la casación penal, 1870, art. 5 Cuarto, dentro de los quebrantamientos de forma[[316]](#footnote-316), sin embargo ya no se contiene en la Lecrim de 1872, sino que se plasma en la casación civil, Lec 1881, dentro de las infracciones de ley del art. 1692 (que, como se señaló, incluye los quebrantamientos de forma *in iudicando*). Habrá que esperar a 1933 para que se incorpore a la LECrim, art. 849.2, como una infracción de ley (una “mala influencia” de la Lec que, como se señaló, atendía no a la naturaleza del quebrantamiento sino a su tratamiento procesal) y que utilizó la expresión “documento o acto auténtico”, aunque en 1949 se suprimió el término “acto”. En lo civil, al reordenarse en 1984, L 34/84, todos los motivos de la casación (infracciones de ley y quebrantamientos de forma) en el art. 1692, se aprovechó para eliminar la expresión “auténtico”[[317]](#footnote-317), y por eso también se procedió de la misma manera en lo penal en 1985[[318]](#footnote-318), hasta que en 1992, L 10/92, se suprime este motivo de la casación civil, “En primer término, se adecua el recurso de casación a las tendencias actuales, que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma, alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia.”[[319]](#footnote-319). Resulta paradójico pretender eliminar, con razonamiento tan escueto, uno de los rasgos esenciales de nuestra casación y, a la vez, desconocer las exigencias derivadas del sistema de fuentes.

* La tutela judicial efectiva y el error de hecho

Efectivamente, no deja de sorprender que en 1992 el legislador civil no fuera consciente de que, como se ha reseñado, desde 1978, el art. 24.1 CE impone, para controlar la abitrariedad, art. 9.3 CE, el error de hecho o notorio en los recursos extraordinarios, que ya no es una opción del legislador. En ese mismo sentido, como se ha señalado, el Pleno de la Sala Segunda TS adoptó un Acuerdo el 22 de julio de 2008 para “consentir” que el error de hecho, 849.2 LECrim, fuese aceptable en la casación frente a las sentencias del tribunal del jurado.

No cabe, pues, extrañarse de que en la actualidad el recurso extraordinario por infracción procesal civil, aun sin la mención específica de este motivo, examine el error de hecho notorio en la valoración de la prueba a través del art. 24.1 CE, en la forma que se ha indicado[[320]](#footnote-320).

* La presunción de inocencia y la revisión externa de los medios de prueba

Mas es a través de la presunción de inocencia donde se produce la verdadera ampliación de la revisión de la *qauestio facti* dentro de los recursos extraordinarios, en lo que atañe al control de los medios de prueba. Resulta sobradamente conocido, y ya se ha hecho mención a ello, que a través del art. 24.2 CE, la defensa tiene derecho a la revisión de la existencia, aptitud o suficiencia, licitud, así como que se hayan practicado con todas las garantías, de los medios de prueba empleados para la condena. No hace falta insistir en que, propiamente hablando, no se trata de un error de valoración de la prueba, pues a través del art. 24.2 CE no acontece una nueva ponderación de la misma, sino una revisión externa del material probatorio empleado. En un sentido más preciso cabe afirmar que tanto a través del error en la valoración de la prueba, *strictu sensu*, como con la presunción de inocencia se pone de manifiesto la infracción de la regla de la carga de la prueba, pues se han tenido, indebidamente, por fijados ciertos hechos, aunque solo a través del primero cabe corregir ese quebranto mediante una nueva ponderación de los medios de prueba.

Ahora bien, no es menos cierto que a través de ella acontece una revisión de la *quaestio facti* de proporciones desconocidas en la historia de la casación. Y ello solo existe en la casación penal en favor del acusado. La presunción de inocencia, junto al derecho al condenado al recurso, art. 14.5 PIDCP, de esta suerte, reafirma la naturaleza asimétrica en el proceso penal en el ámbito de los recursos.

##### Vicios en la fundamentación dela *questio facti*

Hasta la entrada en vigor de la CE se trataba de una cuestión, un vicio, que solo podía examinarse en los recursos ordinarios y que, consiguientemente, resultaba extraña a la casación. Es cierto que, en buena lógica, era un aspecto anudado a la exigencia genérica de la fundamentación de los fallos, mas esta se centraba en la de la *quaestio iuris*. Por eso, no es de extrañar que las exigencias legales atinentes a la fundamentación del relato fáctico resulten postconstitucionales, mientras que, como se ha hecho notar, aspectos tales como un entendimiento especialmente subjetivo de la inmediación o la formulación de criterios como la valoración global de la prueba practicada, impedían el control de la cuestión que nos ocupa.

* La tutela judicial efectiva

La entrada en vigor de la CE y, con ella la proscripción de la arbitrariedad que suponen los pronunciamientos ilógicos, también en la construcción del relato fáctico, arts. 9.3 y 24.1 CE, art. 218 LEC, incluso tratándose del jurado[[321]](#footnote-321), altera el panorama descrito. Y ello, en lo que nos atañe se concreta:

-En primer lugar en lo atinente a la existencia misma de la fundamentación[[322]](#footnote-322), proscribiendo la omisión de la fundamentación del relato fáctico (total o excluyendo el razonamiento sobre la prueba practicada por alguna de las partes), STC 29/2017, de 27 de febrero FJ 3[[323]](#footnote-323), bajo subterfugio alguno y erradicando la suficiencia de la remisión a una genérica valoración global o conjunta de la prueba practicada[[324]](#footnote-324). Una cuestión que se ha recogido expresamente en el art. 790.2.III LECrim, la “insuficiencia de la motivación fáctica”, dentro de la apelación “extraordinaria” para la acusación.

-En segundo lugar, controlando el carácter lógico de esa fundamentación para, en su caso, corregir la arbitrariedad en la que se ha incurrido. Lo que en el ámbito de la *quaestio facti* y la actividad probatoria se traduce en la proscripción de las inferencias ilógicas y más concretamente en el control de las presunciones judiciales ilógicas o razonamiento indiciario irracional[[325]](#footnote-325). Lo que acontece si el tribunal, a partir de un indicio (fijado a través del medio de prueba oportuno), lleva a cabo una inferencia ilógica o irracional para tener por probado el hecho presunto (el que integra la *quaestio facti*). No estamos, pues, en el ámbito de la valoración de la prueba (este atañe exclusivamente a la fijación del indicio, a la ponderación del medio de prueba que llevo a tener por fijado aquel); precisamente por eso las presunciones no se reputan un medio de prueba (no se enumeran como tal en el art. 299 LEC). Nos movemos, por el contrario, en el marco del razonamiento o deducción, en el que se aplican las máximas de experiencia o de habitualidad.

Ahora bien, como se ha explicado, la tutela judicial efectiva solo consiente examinar y constatar la arbitrariedad manifiesta[[326]](#footnote-326). De esta suerte, se diferencian los recursos ordinarios y extraordinarios en que los primeros, en los que existe una plena revisión de la *quaestio facti*, la arbitrariedad en la fundamentación de la misma no ha de alcanzar ese extremo.

-En tercer lugar, la acusación y la defensa, a través del juego del art. 24.1 CE, tienen derecho a un examen del acierto del razonamiento del tribunal que excluyó de la valoración aquellos medios de prueba que reputó ilícitos. Es, ciertamente, un motivo que se encuentra a medio camino entre la revisión externa de los medios de prueba y la fundamentación del relato fáctico.

- La presunción de inocencia

El derecho contenido en el art. 24.2 CE comporta, una vez más, un desequilibrio, una asimetría en el ámbito de los recursos extraordinarios en favor del acusado: la defensa ostenta el derecho a la revisión de la fundamentación de la *quaestio facti* en su aspecto más radical[[327]](#footnote-327); esto es, la constatación que no se ha incurrido en ningún tipo de arbitrariedad, sin necesidad de que sea manifiesta, tal y como sucede en el recurso ordinario, y que además, a tenor del sentido de este derecho fundamental, en su intelección primigenia, como carga de la prueba de la acusación, *onus probandi*, la exclusión o prevalencia de la hipótesis elegida por el tribunal para destruir la presunción de inocencia respecto de cualquier otra alternativa plausible que sostuviera esta[[328]](#footnote-328). Se trata, como se anticipó, del control de la exigencia de la proclamación de la culpabilidad más allá de cualquier duda razonable, *beyond any reasonable doubt* con los límites que existe en la revisión de la prueba practicada en los recursos, en especial los extraordinarios: no se trata de que el Alto tribunal esté convencido más allá de cualquier duda razonable de la culpabilidad del acusado, puesto que el no valora la prueba, sino de que constate que el órgano que ponderó la prueba sí lo estuvo. En consecuencia, la presunción de inocencia absorbe la exigencia del control de la fundamentación de los fallos prevista en la tutela judicial efectiva y amplía su contenido.

Además, *infra,* comporta una mutación en el tratamiento procesal de estos vicios *in iudicando*, extendiendo las facultades del órgano *ad quem* para dictar un nuevo fallo.

A tenor de lo expuesto, resulta evidente que, según la posibilidad de la revisión de la *quaestio facti* que acontece en ellos, a pesar de su denominación, la apelación prevista para la acusación en el proceso penal es un recurso extraordinario, art. 790.2.III LECrim, *infra,* y la misma naturaleza ostenta la apelación frente a las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, art. 846 bis c).e) LEcrim. Se trata, pues, de “apelaciones extraordinarias”, tal y como las venimos denominando.

Listado actual de los vicios (quebrantamientos de forma) *in iudicando*

En lo que se refiere a los recursos extraordinarios ya se ha explicado suficientemente, *supra*, que, por las razones históricas expuestas, en la casación penal el art. 851 LECrim contiene un listado aparentemente cerrado de los mismos que hoy en día carece de sentido alguno y que hay que superar a través del plano de constitucionalidad, arts. 24 CE y art. 852 LECrim. Además, como también se señaló, por la indebida influencia de la Lec de 1881, se regula dentro de la infracción de precepto sustantivo el error de hecho en la valoración de la prueba, art. 849.2 LECrim que es un quebrantamiento de forma *in iudicando*. Urge una reforma de estos aspectos, aunque la CE haya paliado esta deficiencia. También se explicó que en el recurso de apelación frente a sentencias dictadas, en el ámbito de la AP, por el magistrado presidente del Tribunal del Jurado, se regulan los quebrantamientos de forma *in iudicando* (quebrantamientos de las normas y garantías procesales en la sentencia) en el mismo apartado aunque, de forma diferenciada, que los *in procedendo,* art. 846 bis c).a) LECrim, previendo que en ambos casos también pueda estar en liza un derecho fundamental (en cuyo caso no hace falta una reclamación previa)[[329]](#footnote-329), a la par que se explicitan algunos motivos específicos en este proceso dada la singularidad del jurado, art. 846 bis c) a) II LECrim (defectos en el veredicto), aunque, por otra parte, se regula por separado en dos apartados, a efectos de su tratamiento procesal, *infra,* un quebrantamiento de forma *in iudicando*: la lesión de la presunción de inocencia, art. 846 bis c). c) y d) LECrim. Por el contrario, ya se indicó, la regulación del recurso extraordinario por infracción procesal en el orden civil, resulta mucho más acertada aunque redundante: demedia el plano de legalidad, art. 469.1.2º LEC, infracción de las normas reguladoras de la sentencia (que, frente a los explicados vaivenes de la Lec de 1881, se añaden en un párrafo aparte) y el de constitucionalidad, y 469.1.4º LEC, infracción del art. 24 CE.

Respecto a los recursos ordinarios, ya se ha reseñado que en la apelación civil únicamente existe una referencia a los quebrantamientos de forma *in genere*, art. 459 LEC, mientras que la apelación penal hace lo propio, aunque explicita, art. 790.2.I LECrim, que cabe alegar el error en la valoración en la prueba, mas, como se ha señalado, ello se impide, art. 790.2.III LECrim, para la acusación, limitándose a aquellos aspectos de la revisión de la *quaestio facti,* impuestos por el juego de los derechos fundamentales, por lo que, como se ha explicado, ya no estamos en presencia de un recurso ordinario sino extraordinario para ella.

El listado en el ALECRIM y ALMEP 2020

Ya se ha reseñado, *supra* (quebrantamientos de forma *in procedendo*)*,* que en ambos textos, arts. 744.1.2º ALECRIM y versión art. 477.2 LEC según ALMEP, el respectivo pre legislador al abordar los quebrantamientos de forma en el recurso extraordinario lo hace de forma genérica, sin distinguir los *in procedendo* de los *in iudicando*, lo que, como se reafirmará, impide otorgarles el adecuado tratamiento procesal.

En lo que atañe al ALECRIM, en la misma sede señalada,ya se criticó suficientemente la expresión empleada: infracción de precepto constitucional, para referirse a los quebrantamientos de forma.

A favor del ALMEP hay que reseñar que se apresta a explicar la posibilidad de alegar el error de hecho en la valoración de la prueba (algo que, como se señaló, la LEC no lo contempla expresamente) en términos amplios, lo que, además de demostrar una adecuada comprensión de la naturaleza del recurso, abre la puerta a la posibilidad de superar la interpretación restrictiva del “documento” ya reseñada. Sin embargo, y en sentido contrario, al estipular que en casación no cabe revisar la fijación de la *quaestio facti,* salvo la mencionada hipótesis,olvida la exigencia impuesta por el art. 24.1 CE de impedir que exista una fundamentación arbitrariamente manifiesta de la misma[[330]](#footnote-330).

El análisis de los vicios de forma *in iudicando* en la apelación del ALECRIM se realiza *infra.*

*La “apelación extraordinaria” de la acusación*

En lo que se refiere a la apelación penal resultante de 2015, la gran novedad en nuestro país es que un mismo recurso ostente una doble naturaleza simultánea dependiendo de cuál sea la parte: para el condenado goza de naturaleza ordinaria, “apelación ordinaria” mientras que para la acusación de extraordinaria, “apelación extraordinaria”. Esta naturaleza bipolar simultánea no platearía problemas si el recurso se interpusiera exclusivamente por alguna de las partes. Más delicada es la cuestión de qué sucede cuando ambas partes recurren a la par: por un lado el condenado solicitará la revisión de la valoración de la prueba no personal[[331]](#footnote-331) alegando un error en la valoración de la misma, además de que ha existido una fundamentación arbitraria de ella (sin necesidad de que sea manifiesta) a la vez que, como se explicó, podrá solicitar la práctica de nueva prueba; por el contrario la acusación ceñirá su alegación al error notorio en la valoración de la prueba (en esencia, los documentos entendidos en sentido amplio, incluyendo la contenida en soportes informáticos, así como los informes periciales y, según nosotros, la actividad documentada previamente al juicio si en el acto del juicio no se practicó ninguna prueba personal sobre ella[[332]](#footnote-332)) y a la ausencia de motivación o el carácter ilógico manifiesto de la misma (presunciones ilógicas), sin que pueda solicitar de forma autónoma nueva prueba (la petición de que se declare la nulidad por haber excluido indebidamente pruebas, no implica una revisión actual de la *quaestio facti* –no se examina esta para determinar si la exclusión de la prueba fue acertada-, sino de futuro[[333]](#footnote-333)); ahora bien, en la medida que la defensa solicita nueva prueba lo lógico es que la acusación de forma supeditada y ceñida exclusivamente al ámbito sobre el que versa aquella, también pueda hacerlo, como se prevé en el ALECRIM *infra*. En resumen, la prueba no personal favorable al condenado se podrá volver a valorar mientras que la que le resulte perjudicial no. Y además, la estimación de los vicios alegados por la acusación en materia de prueba suscitan, incluido el error de hecho o notorio, en todo caso la nulidad y retroacción.

Las razones de la reforma, que no hace sino trasplantar a estos efectos las previsiones del proyecto de Código procesal penal de 2013[[334]](#footnote-334), para provocar la bipolaridad de la apelación, traen causa de la jurisprudencia del TEDH que impide condenar *ex novo* o agravar la condena a través de la alteración de la *quaestio facti,* si no media una nueva práctica de la prueba y está presente el acusado.

Lo cierto es que la recepción de esta singular jurisprudencia del TEDH en nuestro país atravesó dos períodos diferentes[[335]](#footnote-335): a) en el primero de ellos, a través de la STC 167/2002, el TC, en buena lógica impidió, sin distinguir entre la acusación y la defensa, como una exigencia de la inmediación, que en la segunda instancia se volviese a valorar la prueba personal. De esta suerte, la inmediación regía para todas las partes con igual intensidad en el proceso penal, y únicamente se distinguía del proceso civil, en el que cabe volver a valorar toda la prueba practicada en la instancia. En consecuencia, en la apelación penal se podía alegar por ambas partes el error en la valoración de la prueba no personal. La apelación, consiguientemente, conservaba su naturaleza de recurso ordinario. Se producía así una ruptura simétrica pero controlada de la exigencia de inmediación entre los dos órdenes jurisdiccionales; b) ahora bien, pronto resultó evidente, a partir de los primeros años de la segunda década de este siglo, que semejante transposición de la jurisprudencia del TEDH no satisfacía las exigencias de este tribunal, de suerte que, a raíz de varias condenas a nuestro país[[336]](#footnote-336), la conclusión irrefutable fue que aquel tribunal imponía en todo caso, a través de una personalísima mezcla de la publicidad, inmediación y contradicción en proporciones indeterminadas y tan secreta como la del conocido refresco norteamericano o la pócima del irreductible pueblo galo, volver a practicar la prueba personal junto a la presencia del acusado, para que se pudiese alterar el relato fáctico de la instancia y el acusado resultase condenado por primera vez en segunda instancia o se agravase su condena anterior. En esta tesitura al legislador patrio solo le restaban dos opciones: 1) mantener la naturaleza ordinaria de la apelación también para la acusación pero volviendo a practicar toda la prueba personal, de manera que la apelación pasase de ser una *revisio prioris instantiae* a una suerte de *novum iuidicium*, opción que se desdeñaba en el Proyecto de Código, *cit.,* al desaconsejarlo la experiencia alemana en tanto en cuanto consiente una primera condena que obliga a conceder un recurso; 2) dejar incólume la segunda instancia para el acusado y convertir a la apelación en un recurso extraordinario para la acusación de suerte que, a modo y semejanza de la casación (al que también afecta la jurisprudencia del TEDH en lo que atañe al tratamiento procesal del error de hecho, art. 849.2 LECrim, *infra[[337]](#footnote-337)*), las posibilidades de alegar el error en la prueba se redujesen al error de hecho, el razonamiento ilógico o inexistente respecto de la prueba practicada o la indebida exclusión de la prueba, provocando además la retroacción de las actuaciones si estimaba este vicio. Evidentemente, esta ha sido la opción del legislador, arts. 790.2 y 792.2 LECrim. Aunque sigue vigente el problema de una posible primera condena cuando se trata de un error jurídico o de subsunción, lo que obligaría a evitar una interpretación restrictiva, la exigencia de interés casacional, en la nueva modalidad de la casación.

El principal problema de la jurisprudencia del TEDH, al margen de cualquier consideración sobre el rigor técnico de sus resoluciones, es el reduccionismo de su perspectiva unilateral del proceso penal, que es diferente a la necesaria óptica asimétrica de este. Efectivamente, una cosa es ser conscientes que, en atención a la naturaleza de los intereses legítimos en liza y que resultarán afectados materialmente por el fallo, el acusado (además de ser la única parte que integra el objeto del proceso penal) ostenta más derechos fundamentales procesales que la acusación e incluso algunos con una extensión más amplia que esta, y otra muy diferente ignorar que las partes acusadoras también y necesariamente son titulares de aquellos, por cuanto las garantías esenciales para impartir justicia en un Estado de derecho no se pueden predicar exclusivamente de uno de los contendientes, sin que quiebre el propio concepto de justicia y Estado de derecho. Todo ello sin obviar que la debida construcción de los derechos fundamentales procesales ha de ser transversal y predicarse, en la medida de lo posible, por igual en todos los órdenes jurisdiccionales. En definitiva, los efectos de la jurisprudencia del TEDH son los siguientes: en primer lugar, la exigencia de inmediación como parte del proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE, alcanza tres grados diferentes, el primero o básico es para todos los órdenes jurisdiccionales salvo el penal, que consentiría, como el civil, volver a valorar la prueba (incluida la personal) en segunda instancia; el segundo o más intenso se predica en el orden penal para la defensa, quien puede solicitar que se vuelva a valorar la prueba no personal; y el tercero o intensísimo acontece para la acusación (víctima inclusive), a la que no se le consiente solicitar que se vuelva a valorar prueba alguna en la segunda instancia. Mas en segundo lugar, ni siquiera estas conclusiones son definitivas, porque no resulta tan evidente (para la jurisprudencia del TEDH, porque para la del TC sí que parece notorio, STC 167/02) que a la defensa, al acusado, no se le consienta solicitar una valoración de la prueba personal para proclamar su inocencia; asimismo también resta en el limbo la cuestión de si, en teoría, la acusación puede pedir una nueva ponderación (estando el acusado presente) de la prueba no personal si el fallo se dictó exclusivamente en función de esta; a ello debe añadirse la existencia de zonas grises, como la documentación de las actividades sumariales, practicadas con todas las garantía que, por razones de imposibilidad, fueron reproducidas en el juicio cuando sobre ellas no se llevó a cabo ninguna otra actividad en el mismo, art. 730 LECrim, ¿en qué se diferencia de la prueba no personal? En tercer lugar, la virtualidad de la exigencia de contradicción, la que se traduce en la presencia del acusado en el juicio, una manifestación de la autodefensa, tampoco resulta evidente si lo que se plantea es una cuestión exclusivamente jurídica atinente al relato fáctico, como el error de hecho o notorio o el control de la lógica de las inferencias o presunciones; no se alcanza a percibir cómo la existencia de una vista y la presencia del acusado favorecen aquella, y si la respuesta es afirmativa no se acaba de comprender por qué no se requiere también para la acusación (especialmente si se trata de la víctima), salvo que se entienda que la contradicción también reza en menor grado o intensidad para ella. A mayor abundamiento, si la contradicción se entiende de esta guisa, tampoco se comprende por qué no se exige la presencia del acusado siempre que se trate de un debate meramente jurídico, la exégesis de un precepto o la subsunción, que pueda perjudicarle. Y en cuarto lugar, habría que explicar más detenidamente cómo es posible que se consienta constatar la existencia del error de hecho o la fundamentación ilógica de la *quaestio facti* sin inmediación ni contradicción para anular un fallo absolutorio, es decir para empeorar la situación del acusado, ¿o es que ambas garantías ostentan un contenido diferente en atención a la intensidad del perjuicio que se irroga a aquel?

*La apelación en el ALECRIM 2020*

Conviene aclararlo inmediatamente: la apelación del ALECRIM no supone una verdadera innovación respecto a la situación actual, como se reconoce en el propio texto, apartados XIII[[338]](#footnote-338) y LXXXI[[339]](#footnote-339) Expos. de mot. Pero con un grave inconveniente: la confusión dogmática lastra al pre legislador y se traduce en una muy deficiente regulación de los motivos de la apelación como se ha hecho notar. Y es que la propia categoría de los quebrantamientos de forma *in iudicando* por un lado solo contempla los atinentes a la *quaestio facti,* olvidando los que se refieren a la *quaestio iuris[[340]](#footnote-340).* Por otra parte, y esto es lo más decisivo, al explicitar esta categoría, y distinguir entre la impugnación de la fundamentación fáctica, art. 732 ALECRIM, y la solicitud de revisión de la actividad probatoria de la defensa, art. 733 ALECRIM, resulta que esta última se formula en términos idénticos al contenido de la presunción de inocencia. No se contempla en modo alguno el error *in genere* en la valoración de la prueba que es lo que, como se ha explicado, delimita la diferencia entre el recurso ordinario y extraordinario. Se produce así la duda acerca de qué clase de recurso ha previsto el pre legislador, que solo se resuelve mediante la lectura del procedimiento del medio de impugnación, art. 736 ALECRIM.

Se constata así, en primer lugar, que el pre legislador carece de un concepto claro y elemental de lo que es una segunda instancia, la apelación en cuanto que recurso ordinario frente a sentencias, y que como venimos repitiendo una y otra vez, consiste en la posibilidad de examinar y alterar la *quaestio facti,* mediante una nueva valoración de la prueba a través de la alegación, fundada, del error en la valoración de la prueba *in genere* y, por añadidura y a resultas de lo anterior, de la nueva prueba que se practique*.* Por eso la apelación en cuanto que segunda instancia desborda, *secundum eiusdem naturam,* el ámbito y alcance de la presunción de inocencia que solo consiente, como se ha reseñado, la revisión externa, muy amplia sí, pero solo externa, de la actividad probatoria. Y ello independientemente de que en nuestro sistema históricamentela apelación no se regule como un *novum iudicium* sino como una *revisio prioris instantiae* (no se vuelve a practicar la actividad probatoria)*.* Ya se ha explicado que en el proceso penal, por imperativo de la exégesis del TC desde 2002 (a instancias del TEDH) de la exigencia de inmediación, la posibilidad de volver a valorar la prueba practicada en primera instancia en apelación se reduce a la prueba no personal. Mas incluso con estas limitaciones, hay que reiterarlo a la vista del ALECRIM, la amplitud del recurso ordinario se sitúa en un plano superior al contenido de la presunción de inocencia[[341]](#footnote-341), en la amplitud del recurso, al poder revisar y alterar la *quaestio facti* mediante una nueva valoración de la prueba no personal*.* Por eso el contenido de los arts. ALECRIM que se refiere a los motivos para recurrir en apelación resulta desacertado: son los mismos que se pueden aplicar a cualquier recurso, ordinario o extraordinario. Al circunscribir el pre legislador en esa sede la solicitud de la revisión de la *quaestio facti* al contenido de la presunción de inocencia[[342]](#footnote-342) ha regulado una “apelación casacional”: en la apelación se regulan aparentemente los mismos motivos y el tribunal *ad quem* ostenta la misma amplitud de facultades de revisión, (lo realmente decisivo y no *el quantum –*el interés casacional del ALECRIM-) que el TS. En definitiva, no regula una apelación, recurso ordinario, sino un recurso extraordinario. Y ello porque el pre legislador cree que la diferencia entre la apelación o segunda instancia y casación estriba únicamente, apartado LXXXII Expos. de motiv. y art. 726 ALECRIM[[343]](#footnote-343), en que la primera se encarga de revisar la legalidad y la segunda crear doctrina jurisprudencial[[344]](#footnote-344) (claro que esto se hace necesariamente, o al menos en nuestra limitación no somos conscientes de que exista otro mecanismo, a través de la revisión de la legalidad). De esta manera el pre legislador no es consciente de la auténtica naturaleza de la apelación, en cuanto a la amplitud de la revisión que allí acontece, respecto a la casación y se fija únicamente en lo más epidérmico: cuándo conoce el TS, el *quantum.* No se repara en que en los dos recursos, como en cualquier recurso, siempre existe la revisión de la legalidad (empleando la impropia terminología del pre legislador), porque, como explicamos, la infracción de la misma (junto con el gravamen) es el presupuesto de todo recurso. Lo esencial es pues, discernir y diferenciar hasta dónde llega la revisión de la legalidad en cada recurso que es lo que verdaderamente identifica la esencia, aunque sea relativa, de cada uno.

El desconcierto del pre legislador en este punto es completo: la presunción de inocencia es la que provoca la asimetría (y desbordamiento de la revisión de la *quaestio facti*) en el recurso extraordinario, como se ha explicitado *supra* al contraponer presunción de inocencia vs. tutela judicial efectiva y constatar, como reitera la jurisprudencia del TS, que no existe una presunción de inocencia invertida para la acusación. Pero en el recurso ordinario, cuando este es realmente tal, no marca diferencia alguna por cuanto está en un plano inferior al error en la valoración de la prueba a la hora de consentir la revisión de la *quaestio facti.* En definitiva, el legislador está afirmando, y se ufana de ello, que en la apelación logra el acusado una plena revisión de los hechos probados gracias a la presunción de inocencia[[345]](#footnote-345). Y no se da cuenta, lo que magnifica y resalta su error, que además de no ser cierto (la revisión plena implica la posibilidad de corregir todos los errores en la valoración de la prueba), eso mismo es predicable de la casación y del amparo en virtud de idéntica circunstancia. Precisamente, por eso, se salvaba el cumplimiento del art. 14.5 PIDCP a pesar de que en España *no existía una apelación o segunda instancia*.

Es en este punto cuando se sume al lector en plena confusión: ¿no cabe alegar el error de la valoración de la prueba en la apelación? Y ello no se despeja hasta que al regular el procedimiento y la posibilidad de aportar nueva prueba, no circunscrita a los nuevos hechos, art. 736 ALECRIM, se constata que en la apelación, como no podía ser de otra manera si estamos en presencia de un recurso ordinario, el tribunal está facultado para valorar la actividad probatoria que se despliega ante el. Por eso resulta un olvido y una incongruencia (es imposible que si el tribunal ostenta las facultades reseñadas no tenga la que estamos refiriendo porque es el presupuesto de ellas) no reparar en que además también se podrá volver a valorar la prueba no personal mediante la fundada alegación del error en la valoración de la misma.

Por otra parte, y en segundo lugar, el desconcierto del pre legislador en lo que atañe a la apelación resalta una vez más cuando se repara en que incurre en otro error dogmático, posiblemente porque el seguidismo hacia el PLECRIM de 2011[[346]](#footnote-346) le ha impedido ser consciente de la nueva realidad, de gran envergadura: el porqué de la apelación “extraordinaria” para la acusación resultante de 2015. Así, en el apartado LXXXI de la Expos. de motiv., después de afirmar que la apelación continúa siendo limitada, explicita que ha decidido optar por una construcción asimétrica de la apelación, por propia y personalísima convicción (“las premisas ideológicas del sistema liberal penal”), en atención a los derechos fundamentales procesales que existen para el acusado, frente a los que ostenta la acusación, entre los que se encuentra, especial y decisivamente, la presunción de inocencia. De esta manera explica que entiende que aquella ostenta una única posibilidad, la teoría de la única bala, para demostrar la culpabilidad del acusado[[347]](#footnote-347), por lo que en la apelación solo podrá, como en la actualidad, alegar[[348]](#footnote-348) la omisión de la valoración de la prueba, la arbitrariedad o el razonamiento ilógico para provocar únicamente la nulidad y la retroacción. Como puede comprobarse, el pre legislador no es consciente de que una vez que se ha optado por la línea continuista, la apelación como una *revisio prioris instantiae* ya no existe la segunda instancia para la acusación de modo que sus legítimos gustos y preferencias no cuentan para nada; la apelación se transforma automáticamente en un recurso extraordinario para ella porque, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, solo puede alterarse el relato fáctico en detrimento del acusado volviendo a practicar la prueba personal y estando este presente.

Precisamente en lo que atañe a la acusación se le consiente la solicitud de práctica de prueba “supeditada” en segunda instancia a que el acusado sea el que proponga práctica de prueba (y, parece evidente, siempre reducida a los extremos fácticos sobre los que versa esta), art. 736.2 ALECRIM. Algo que es un acierto. Y además se le permite que solicite que se vuelva a practicar prueba (o que se produzca la lectura o visionado de la grabación si media acuerdo) para poder valorarla, art. 736.3 ALECRIM. Lo que también reputamos muy conveniente. Pero que también, *a sensu contrario* refrenda algo elemental que venimos explicando: que el acusado no necesita tal menester si alega el error en la ponderación de la prueba no personal (¿únicamente?).

La conclusión es que la regulación actual, la resultante de 2015 es mucho más acertada en términos generales, porque se centra en lo esencial: solo al acusado le es dado alegar el error en la valoración de la prueba y regula, por contraposición, la limitación que existe para la acusación derivada de la jurisprudencia del TEDH y que convierte a este medio de impugnación en un recurso bipolar: ordinario/extraordinario, en función de la parte de la que se trate.

Tratamiento procesal

Regla general: no retroacción y pronunciamiento de un fallo sobre el fondo

Ya se ha advertido que el tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma *in iudicando* es mucho más sencillo, aparentemente, que los anteriores (*in procedendo*): la regla general, con independencia del tipo de recurso, es que el tribunal dictará un nuevo fallo sobre el fondo, subsanando el quebrantamiento de forma padecido, salvo algunas excepciones que al examinarlas más de cerca permiten contrastar la complejidad de algunos supuestos, en especial las omisiones de pronunciamiento.

Es lo que sucede en los recursos ordinarios porque al ser posible la revisión íntegra de la *quaestio facti* a través del error en la valoración de la prueba (se ha matizado suficientemente el juego de la inmediación en el orden penal), también ha de serlo corregir estas infracciones. Ya se ha indicado que así lo recoge el art. 465.3 LEC, mientras que hay que deducirlo, *a sensu contrario,* del art. 792.2 LECrim (recuérdese que solo la apelación mantiene el carácter ordinario para el acusado).

En lo que se refiere a los recursos extraordinarios, ya se ha explicado que, precisamente, el carácter no devolutivo de los quebrantamientos de forma *in iudicando* desde 1881 en la Lec es algo que singulariza nuestra casación y refuerza el *ius litigatoris* y la dispo. final decimosexta.6ª LEC para el recurso extraordinario por infracción procesal, así lo reafirma. Es verdad que en lo penal, como se ha expuesto, la dicción actual del art. 901 bis a) LECrim (que obliga a devolver cualquier quebrantamiento de forma), solo se ha visto superada a través del plano de constitucionalidad (en la medida que estos infracciones procesales *in iudicando* se encuentran en el art. 24 CE, el TS puede dictar un nuevo fallo). Pero la solución en la práctica es la misma. La única disonancia la constituía la apelación del tribunal del jurado que, salvo en el caso de la presunción de inocencia, obligaba a retrotraer en todo caso (incluso en el supuesto del error notorio), art. 846 bis f) LECrim.

Ya se ha ido significando que la presunción de inocencia supuso un importante impacto en lo que atañe al recurso extraordinario, no solo en la amplitud de la revisión de la *queastio facti,* sino también en el tratamiento procesal, facultando al tribunal a dictar una resolución sobre el fondo en supuestos en los que no era posible, por constituir excepciones a la regla que hemos enunciado.

Ahora bien, el pleno impacto de la jurisprudencia del TEDH desde la segunda década de este siglo, alteró el panorama en lo que atañe al tratamiento procesal del error de hecho en los recursos extraordinarios: la imposibilidad de alterar el relato fáctico si el acusado no está presente y no se vuelve a practicar la prueba personal comporta (además de convertir a la apelación en un recurso extraordinario para la acusación) que, dado que en la casación la vista resulta extraordinaria[[349]](#footnote-349), (aunque este dato resulta ya irrelevante ante la exigencia de volver a practicar la prueba personal) si se constata la existencia del error de hecho, el TS ya no podrá dictar un nuevo fallo, sino que tendrá que anular y retrotraer. Así el art. 849.2 LECrim ya no recibe el tratamiento procesal de las infracciones de ley sino el previsto en la LECrim para los quebrantamientos de forma *in iudicando* (la retroacción, art. 901 bis)*.* Se unifica así el tratamiento procesal de este vicio en los tres recursos extraordinarios penal: casación, apelación para la acusación y apelación en el jurado.

Ahora bien, estamos en presencia de una diferencia notabilísima entre los recursos extraordinarios del orden penal y los restantes: en estos el órgano *ad quem* sigue habilitado para dictar un nuevo fallo cuando se trata del error de hecho. Circunstancia que también ocurre en el proceso penal en dos casos: a) si a través del recurso de casación penal y el error de hecho únicamente se persigue una modificación del relato fáctico atinente a la responsabilidad civil[[350]](#footnote-350); b) cuando quien lo aduce es la defensa para tratar de minorar (no de excluir, pues entonces se trataría de la presunción de inocencia) su responsabilidad penal al plantear la existencia de un error de hecho notorio que comportaría la existencia de una atenuante, eximente incompleta o un tipo penal más beneficioso.

Por otra parte, ya se ha criticado la simplicidad, y las causas de la misma, del ALMEP (versión art. 487.1 LEC) y ALECRIM (art. 738.3 apelación, y art. 759.2 casación) que, con las puntualizaciones señaladas en el caso del primero, se limitan a señalar que se dictará la sentencia que proceda, en cualquier caso y sin distinción (incluso cuando se trata de un vicio *in iudicando* sustantivo).

Excepciones a la posibilidad de dictar un nuevo pronunciamiento en el caso de los quebrantamientos de forma *in iudicando*

*El* tribunal *del jurado*

Ya hemos advertido que las propias opciones de técnica legislativa condicionan el contenido de los recursos: si se ha optado por implantar el jurado en el orden penal no tiene sentido que un tribunal profesional suplante a este; no podrá pronunciarse *ex novo* acerca de aquello que le correspondía conocer al jurado (*ex lege*, de la valoración de la prueba y la calificación jurídica, apartados V.1 y VI Expos. de motivos y arts. 3 y 52 LOTJ aunque la jurisprudencia lo restringe a la fijación de los hechos[[351]](#footnote-351)), y la revisión del ejercicio de sus atribuciones padece también limitaciones en lo que atañe a la valoración de la prueba, que se ciñe naturalmente al ámbito propio de los recursos extraordinarios (el recurso frente a las sentencias del tribunal del jurado es necesariamente extraordinario)[[352]](#footnote-352). Puede decirse así que la exigencia de inmediación en el caso del tribunal del jurado impide alegar el error en la valoración de la prueba con carácter general: no tiene sentido que primero pondere la prueba el jurado y luego el tribunal profesional lo vuelva a hacer.

Por todo ello, en el caso del tribunal del jurado, el tratamiento de los vicios *in iudicando* exige matizar la regla general de que en estos supuestos el tribunal *ad quem* puede dictar un nuevo fallo.

* Necesariamente hay que retrotraer si el jurado no se ha pronunciado sobre la valoración de la prueba o la calificación jurídica.
* La solución es la misma en el caso de aquellos vicios *in iudicando* propios del tribunal del jurado que han impedido un pronunciamiento sobre esos aspectos o han originado uno defectuoso o incompleto: instrucciones indebidas al jurado, erróneo planteamiento del objeto del veredicto, falta de mayoría suficiente…
* En el resto de los supuestos, la solución de los vicios *in iudicando* (la revisión de la *quaestio iuris* que ha formalizado el magistrado presidente, la presunción de inocencia) sigue la regla general: el nuevo pronunciamiento del órgano *ad quem*.

En cualquier caso se trata de excepciones singulares a la regla general por lo que la previsión genérica del art. 846 bis f) de la LECrim que obliga a devolver en todo caso cuando se trata de un quebrantamiento de forma *in iudicando*, salvo en el caso de la presunción de inocencia, debe ser matizada.

Debe tenerse presente que las reglas enunciadas también estarán vigentes en casación si el vicio impugnado no se corrige en la apelación “extraordinaria”: el TS habrá de devolver en estos supuestos, aunque, *infra*, ello no es una novedad pues se trata de excepciones que acontecen en todo caso.

*Supuestos en los que se exige un pronunciamiento ex novo al tribunal ad quem*

Existen además una serie de quebrantamientos de forma *in iudicando* que cuestionan la oportunidad de la regla general según la cual no se produce la retroacción. Son aquellos supuestos en los que se exige al tribunal *ad quem* que se pronuncie por primera vez, *ex novo*, acerca de aspectos que no ha conocido el órgano *a quo* precisamente por incurrir, salvo una excepción, en un vicio *in iudicando.* Fundamentalmente lo constituyen los supuestos de: 1) falta de fundamentación de la *quaestio facti* o *quaestio iuris*, 2) la omisión de pronunciamiento sobre alguna de las cuestiones principales planteadas por las partes[[353]](#footnote-353), y la incongruencia *extra petita* cuando el tribunal se ha pronunciado sobre algo distinto a lo planteado y no lo ha hecho sobre el objeto suscitado.

Así, en estos supuestos de “vacío absoluto”, hay que dilucidar si el órgano *ad quem*, en función de las exigencias constitucionales o de las opciones del legislador, puede llenarlo o subsanarlo con un nuevo pronunciamiento.

1. **Falta de fundamentación**

Antes de su examen hay que tener presente dos cuestiones:

a) La ausencia de fundamentación, el “vacío absoluto” no debe confundirse con el carácter ilógico de la misma aun cuando ambas se funden en la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE (la fundamentación permite controlar la ausencia de arbitrariedad; la fundamentación ilógica constata la existencia de esta). Debe recordarse además que únicamente la arbitrariedad manifiesta integra el contenido del art. 24.1 CE:

\* Si existe un razonamiento ilógico respecto de la *quaestio iuris* su conexión con la indebida aplicación del derecho sustantivo es la más intensa, por lo que se corregirá como tal, con un nuevo pronunciamiento en los recursos ordinarios y extraordinarios.

\* Respecto a la fundamentación ilógica de la *quaestio facti*,consiste fundamentalmente en formular inferencias, presunciones judiciales irracionales; cuando el razonamiento que conduce al hecho presunto carece del necesario sustento lógico porque se aparta manifiestamente de las máximas de experiencia. A tenor de lo explicado resulta:

- en los recursos ordinarios la irracionalidad no ha de ser manifiesta y cabe dictar un nuevo fallo.

- en los recursos extraordinarios, la arbitrariedad ha de ser manifiesta. El tribunal podrá corregirla. Sin embargo, en lo penal, a tenor de la jurisprudencia del TEDH ha de acordarse la retroacción.

- la presunción de inocencia no exige que la arbitrariedad sea manifiesta. Además se procede a dictar un fallo absolutorio.

b) Existen los problemáticos supuestos de las desestimaciones implícitas, ya sea de la cuestión fáctica o jurídica planteada. En ellos hay que ponderar suficientemente si el rechazo tácito, por asunción de la hipótesis contraria planteada, satisface el derecho a la fundamentación fáctica y jurídica, art. 24.1 CE, incluso en los supuestos de desestimación[[354]](#footnote-354).

Por lo que atañe a la falta de fundamentación en sentido estricto, distinguimos[[355]](#footnote-355):

* ***Falta de fundamentación de la quaestio fact****i*

Acontece si el tribunal no se ha pronunciado sobre los hechos alegados por las partes, lo que traerá causa de la ausencia de valoración o de fundamentación de la prueba practicada.

En teoría, habría que distinguir en estos casos según se tratase de un recurso ordinario, que sí permitiría valorar/fundamentar la prueba (aunque en lo penal se limitaría a la no personal), de los extraordinarios, que no lo consentirían[[356]](#footnote-356). En las impugnaciones ordinarias sí cabría pues, rellenar el vacío.

Sin embargo, ya se ha explicado que entendemos que la exigencia de inmediación comporta que el tribunal ante quien se ha practicado la prueba la haya valorado, así como también fundamentado su ponderación (en este caso *ex* art. 24.1 CE, pues se trata de una operación personalísima e insustituible) para que en el recurso ordinario, en todo caso, se pueda proceder a una corrección de la misma (error en la valoración de la prueba), o bien que, a tenor de la nueva prueba practicada, quepa desdecir la fijación de los hechos que se hizo en la primera instancia.

En conclusión, la ausencia de la valoración o fundamentación de la *quaestio facti* suscita en todo caso, con independencia de la naturaleza del recurso, la retroacción. La única excepción admisible la constituiría la falta de fundamentación de algún elemento secundario que se pudiera corregir en el recurso ordinario a tenor de la posibilidad de valorar la prueba (distinguiendo según se trate de la apelación civil o penal), como por ejemplo la motivación de los hechos probados que justifican apreciar una atenuante. Por otra parte, una vez más la presunción de inocencia habilita al órgano *ad quem* tanto en el recurso ordinario como en el extraordinario a dictar un nuevo fallo (absolver), aunque el TS ha matizado esta regla diferenciando entre la ausencia de motivación material que equivaldría a la ausencia de prueba incriminatoria (procede la absolución), de la falta de fundamentación formal, si se percibe la posible existencia de material probatorio apto para sustentar una condena, pero el Tribunal *a quo* ha estado remiso a la hora de verter sus argumentos, lo procedente es anular y retrotraer, para, a raíz de la nueva fundamentación, poder constatar si la presunción de inocencia resultó debidamente desvirtuada[[357]](#footnote-357).

* ***Falta de fundamentación de la quaestio iuris***

No tiene lugar, evidentemente, en aquellos casos en los que acontece una mutación de la perspectiva jurídica planteada por las partes[[358]](#footnote-358).

Lo primero que hay que tener presente, como sucede con la omisión de pronunciamiento, *infra,* es que se precisa diferenciar entre la falta de fundamentación de los elementos esenciales jurídicos, los que individualizan el objeto, de aquellos otros que poseen un carácter secundario. Así sucedería, por ejemplo en lo penal con las atenuantes, agravantes, forma de participación y eximentes o el grado de consumación del delito. Cuando se trata de elementos que no identifican el objeto del proceso, no existiría la necesidad de retrotraer las actuaciones, sino que el órgano *ad quem* podría “integrar” el fallo. Precisamente el TS sigue esta pauta cuando se trata de la fundamentación de la pena impuesta si constan los elementos (en la fundamentación jurídica y los hechos probados) que permiten su individualización[[359]](#footnote-359).

Cuando la falta de fundamentación alcanza a los elementos que individualizan el objeto, de la misma manera que cabe corregir la construcción ilógica de la *quaestio iuris* en cualquier recurso, por tratarse de un mero debate jurídico, también podría suplirse la falta de fundamentación de aquella. Ahora bien, en consonancia con lo que se afirma sobre el derecho al doble grado, estimamos que lo oportuno es contar con un fallo “completo” (el objeto principal) de la instancia, respecto del cual predicar la existencia de vicios o errores. Y ello implica también una fundamentación de la *quaestio iuris* que atañe a los elementos esenciales. Por eso, estimamos que, de acontecer esta, procedería en todo caso la retroacción. Como excepción, la presunción de inocencia vuelve a habilitar al órgano *ad quem* a dictar un nuevo fallo (aunque hay que tener presente la posibilidad del pronunciamiento “perezoso”).

1. **Omisiones de pronunciamiento e incongruencia por *extra petita* que también supone esta**

Hay que determinar si un tribunal al conocer de un recurso, y a partir de los hechos fijados, puede *ex novo* conocer de una cuestión jurídica no resuelta previamente: si, *e.g.,* estamos en presencia de un determinado vínculo obligacional, o si se trata de cierto delito, atenuante, agravante…

Constituyen el supuesto más complejo a tenor de su variada casuística y, sobre todo, porque a la hora de perfilar las facultades del tribunal *ad quem* junto a valores fijos existe uno de contenido discrecional: el derecho al doble grado.

Además la omisión de pronunciamiento puede traer causa de dos hipótesis diferentes: a) cuando se trata de un vicio *in iudicando* de naturaleza procesal (el supuesto que propiamente nos atañe; b) cuando no existe quebranto alguno, dado que el silencio del tribunal trae causa de haber estimado otra cuestión jurídica incompatible con la que no se ha resuelto (el supuesto paradigmático es la apreciación indebida de la prescripción). La diferencia sustancial estriba en que en el primer caso la omisión ha sido permanente mientras que en el segundo es factible que la apreciación indebida de la *quaestio iuris* aconteciera en segundo grado tras un pronunciamiento previo íntegro.

No cabe olvidar que en el primer caso, cuando la omisión es el resultado de un vicio, se exige haber intentado la complementación del fallo ante el tribunal *a quo*, arts. 215.2 LEC y 267.5 LOPJ[[360]](#footnote-360), para consentir la alegación del quebranto en el recurso, lo que reducirá la existencia del mismo significativamente.

A la hora de dilucidar si el tribunal *ad quem* puede rellenar las oquedades a las que se enfrenta, proceder a integrar el fallo, conviene recordar que existe la tensión larvada del tratamiento procesal genérico, “canónico” [[361]](#footnote-361), de los vicios *in iudicando* en nuestro sistema (con la excepción reseñada de la apelación extraordinaria del jurado): la posibilidad de dictar un nuevo fallo incluso en los recursos extraordinarios, a mayor abundamiento cuando está en liza una cuestión jurídica.

A esos efectos parece oportuno distinguir, como se ha hecho con la ausencia de fundamentación jurídica, según que el “vacío” se proyectase sobre una cuestión principal o bien si se tratase de un elemento secundario. En este último caso, reputamos que, como regla general, el órgano *ad quem* está habilitado para pronunciarse *ex novo* (en lo penal se trataría de atenuantes, agravantes, eximentes, formas de participación o grado de consumación del delito, o incluso el *quantum* de la pena solicitada) si cuenta con elementos para hacerlo. Sin embargo, el TS, la Sala Segundaentiende lo contrario acudiendo a un concepto estricto del derecho al doble grado[[362]](#footnote-362).

Para determinar si el tribunal *ad quem* puede resolver *ex novo* una cuestión jurídica hay que atender a varios factores[[363]](#footnote-363):

1. Factores de contenido inmutable

* Existen las restricciones derivadas de la clase de recurso estipulado por el legislador: en el recurso extraordinario no cabe “integrar” la sentencia si ello supone tener que valorar la prueba para poder dar respuesta a la cuestión jurídica omitida.
* Además las exigencias constitucionales también comportan otras restricciones:
  + Por exigencia de la inmediación, aunque se trate de una omisión “jurídica” el tribunal no puede “integrar” el fallo si ello supone, en la apelación, valorar la prueba personal en lo penal o alterar de alguna manera el relato fáctico[[364]](#footnote-364) que perjudica al acusado (inmediación, oralidad, contradicción) sin volver a practicar la prueba y que el acusado esté presente, en cualquier recurso[[365]](#footnote-365).
  + En lo atinente al derecho al condenado al recurso, ello implica la necesidad de poder impugnar un fallo condenatorio íntegro (que se haya pronunciado sobre los elementos esenciales). No podría así producirse una integración de tal naturaleza en la casación que supusiera una condena *ex novo*, mientras que en la apelación sí sería factible en la medida en la que existe la casación ulterior (aunque en los delitos menos graves habría que entender que existe interés casacional automático).

1. Un elemento variable: el derecho al doble grado

Ahora bien, al configurar la extensión de los recursos también hay que atender a las opciones del legislador en este plano: es posible que decida estipular el deber de que las instancias se agoten efectivamente, es decir que exista un pronunciamiento sobre el fondo (cuando ello es posible) que abarque los elementos esenciales (e incluso los secundarios) o todo lo contrario, o bien que al menos una de ella así lo haga antes de acceder al TS. Nuestras leyes actuales guardan silencio al respecto (aunque existen referencias históricas como el mencionado principio del derecho castellano, desde la edad media hasta el S. XIX, que exigía para que existiera cosa juzgada el principio de tres sentencias: una instancia y dos alzadas) por lo que al final es la propia jurisprudencia la que delimita su contenido. Se trata del debate sobre si existe y cuál es el alcance del derecho doble grado. En nuestra opinión, es defendible cada una de esas soluciones. De hecho, en la jurisprudencia menor, civil[[366]](#footnote-366) o penal[[367]](#footnote-367) se suele apreciar la tendencia a exigir el doble grado (sin plantearse si quiera si existe la posibilidad de casación), entendido como el derecho a la doble instancia, el doble enjuiciamiento. Y el TS, como se ha señalado, también en lo penal[[368]](#footnote-368) y civil tiende a esta solución.

Nos decantamos por la solución intermedia, que en nuestra opinión satisface razonablemente el derecho al doble grado y el concepto de recurso como revisión: el tribunal que conoce del último recurso debe contar al menos con un pronunciamiento previo sobre el fondo (elementos principales que identifican el objeto) con la oportuna fundamentación para que pueda revisarlo[[369]](#footnote-369). De esta manera, en la apelación (con los matices señalados en lo penal), cabría integrar el fallo mientras que por el contrario en casación no sería posible si no se cuenta con un pronunciamiento previo.

Precisamente, como se adelantó, la omisión en ocasiones no es consecuencia de un vicio o defecto, quebrantamiento de forma *in iudicando*, sino la consecuencia de haberse estimado otra cuestión jurídica que ha hecho innecesaria la resolución de otras cuestiones[[370]](#footnote-370). Es lo que sucede fundamentalmente si el órgano *ad quem* entiende que la prescripción ha sido indebidamente apreciada. En estos casos la solución pasa por aplicar los criterios explicados[[371]](#footnote-371). Teniendo presente que cuando se trata del recurso extraordinario, podría haber existido un pronunciamiento íntegro en la primera instancia, sí estaría facultado el TS a dictar un nuevo fallo.

*Determinados quebrantamientos de forma in iudicando*

Existen ciertos vicios formales que comportan *per se* la anulación de la sentencia: falta del número de magistrados necesario, ausencia de votos requeridos o si la sentencia ha sido oral en lugar de escrita, así como la quiebra radical de la inmediación. En ninguno de estos supuestos cabe dictar un nuevo fallo sino que procede la retroacción.

esquema de los vicios y su tratamiento procesal en los recursos

* 1. *In procedendo*

**Naturaleza**

Son siempre procesales (quebrantamientos de forma). La excepción, los derechos fundamentales sustantivos lesionados definitivamente en resoluciones interlocutorias, obtienen una tutela procesal que no afecta a la regla transcrita.

**Tratamiento procesal**

-Recursos extraordinarios: obligan a la devolución.

-Recursos ordinarios: si pueden subsanarse (se ha celebrado juicio y se ha valorado la prueba) se procede de esa manera (destaca en especial la posibilidad de practicar prueba, nueva o indebidamente rechazada o que no se llegó a practicar para poder alterar la *quaestio facti*); cuando no es posible en atención al tratamiento de los vicios *in iudicando, infra* (si existe también algún vicio de esta clase, en especial una omisión de pronunciamiento)*,* o si constituyen supuestos de nulidad radical, obligan a la devolución.

* 1. *In iudicando*

**Naturaleza**

* Pueden ser de precepto sustantivo o procesal (quebrantamientos de forma atinentes a las reglas de formación de la sentencia, su contenido y efectos).
* La diferencia entre los recursos ordinarios y extraordinarios es que dentro de los quebrantamientos de forma *in iudicando*:

-recursos ordinarios, cabe alegar el error en la valoración de la prueba en toda su extensión (aunque en lo penal solo cabe volver a valorar la prueba no personal en el caso del acusado). Además es posible revisar la existencia de arbitrariedad (sin necesidad de que resulte manifiesta) en la formación de la *quaestio facti.* También cabe valorar la prueba que se practica *ex novo* o aquella que fue excluida indebidamente.

-recursos extraordinarios: solo puede impetrarse el error de hecho en la valoración de la misma, además, también cabe revisar la fundamentación de la *quaestio facti* si ha resultado manifiestamente ilógica o arbitraria. En los recursos extraordinarios penales el acusado ostenta la presunción de inocencia que consiente: a) revisión externa de los medios de prueba; b) arbitrariedad (sin necesidad de que sea manifiesta) de la fundamentación de la *quaestio facti.*

**Tratamiento procesal**

* Su tratamiento procesal genérico, recursos ordinarios y extraordinarios: nuevo pronunciamiento.
* Aunque existen excepciones si se trata de un quebrantamiento de forma:
  1. El error de hecho en los recursos extraordinarios penales, por exigencias del TEDH (habría que volver a practicar la prueba y estar presente el acusado), obliga a retrotraer (salvo que se trate del condenado quien lo alegue).
  2. Cuando existe la falta de fundamentación fáctica (aunque en el recurso ordinario se podría solventar si son secundarios\*) o jurídica (si no se trata de elementos principales se puede subsanar\*) hay que retrotraer. Como excepción, la presunción de inocencia permite la absolución, aunque si acontece la falta de fundamentación formal, *lazy thinking*, se retrotrae.
  3. La fundamentación ilógica manifiesta de la *quaestio facti* en los recursos extraordinarios obliga a retrotraer (en los recursos ordinarios no\*, ni tampoco tiene por qué ser manifiesta). Además en el orden penal la jurisprudencia del TEDH, *supra,* obliga a devolver, si se trata de empeorar la situación del acusado. Mas si se trata de la presunción de inocencia, la arbitrariedad no ha de ser manifiesta y se dicta un fallo absolutorio.

Por el contrario, la fundamentación ilógica de la *quaestio iuris* sí puede corregirse en los recursos.

* 1. La falta de un pronunciamiento previo del órgano *a quo* respecto del objeto planteado, “vacío absoluto”(omisión de pronunciamiento e incongruencia por *extra petita* que comporta ese vacío) obliga a devolver si se trata de elementos principales (los secundarios se podrían resolver\*) y el tribunal está limitado:
     1. Por la propia condición del recurso (imposibilidad de valorar la prueba en los extraordinarios); la exigencia de inmediación por sí misma (volver a valorar la prueba personal en la apelación penal) o en conjunción con la oralidad y contradicción (alterar, en los recursos, el relato fáctico en lo penal en perjuicio acusado), así como la posibilidad de que el condenado pueda recurrir.
     2. Por la concepción que se tenga del derecho al doble grado. Cuestión que también resulta decisiva en los supuestos señalados (\*)

* 1. Existen hipótesis de nulidad radical: falta del número de magistrados o de votos exigidos, quiebra radical de la inmediación o que la sentencia fuera oral si se requería la escritura. En estos casos hay que retrotraer.
  2. Por razones técnicas, también hay que retrotraer, en el caso del jurado: si falta el pronunciamiento respecto de aquellas cuestiones sobre las que se pronuncia el jurado (en sentido estricto); también respecto de aquellos vicios ocasionados en la formación del veredicto (instrucciones indebidas o fallos en el objeto del veredicto).Sin embargo, el legislador ha optado por provocar la devolución en todo caso si existe un quebrantamiento de forma *in iudicando.*

El tratamiento procesal del vicio alegado, la infracción de precepto sustantivo o quebrantamiento de forma, no es una elección del recurrente

Toda la exposición precedente sobre el tratamiento procesal de los errores (sustantivos o procesales), *in iudicando* o *in procedendo*, en los recursos frente a sentencias o resoluciones definitivas sobre el fondo, está presidida por una idea: no depende del recurrente la solución o tratamiento que el órgano *ad quem* brinda al vicio que ha aducido.

El tratamiento procesal de las infracciones de ley y quebrantamiento de forma es una consecuencia de la opción legislador al diseñar el ámbito del recurso, dentro de los límites impuestos por el plano de constitucionalidad

Efectivamente, como se ha ido comprobando en páginas precedentes, es el legislador a quien corresponde decidir en última instancia dicha cuestión. Y para ello hay que atender en primer lugar al plano de constitucionalidad, a los condicionamientos constitucionales (en especial la exigencia de inmediación) que delimitan el alcance máximo de las facultades revisoras del órgano *ad quem*. Un plano en el que, como se ha comprobado, tiene un papel decisivo, en especial en el orden penal, la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Es entonces cuando, en segundo lugar, por tratarse de un derecho fundamental de desarrollo legal (con la excepción del condenado), art. 24.1 CE, entra en escena el plano de legalidad en el que la libertad del legislador diseña la amplitud del recurso y del alcance del derecho al doble grado. Y de la conjunción de esos factores resulta “naturalmente” el tratamiento que hay que brindar si se estiman los vicios alegados. Por eso en páginas precedentes se ha ido “deduciendo” el tratamiento procesal de los vicios *in procedendo* e *in iudicando* en los recursos ordinarios y extraordinarios cuando las previsiones genéricas o imprecisas del legislador no lo determinaban. De hecho, como se ha comprobado, los mayores problemas acontecen ante la falta de concreción del derecho al doble grado cuando se trata de omisiones de pronunciamiento (quebrantamientos de forma *in iudicando* atinentes al fondo del asunto).

La carencia de trascendencia de la voluntad del recurrente en el tratamiento procesal de las infracciones de ley y quebrantamientos de forma resulta de la naturaleza pública de las normas procesales

En ningún caso, como se habrá constatado, se ha tomado en consideración la voluntad del recurrente. Esta no cuenta en absoluto al determinar cómo debe producirse a la reparación del vicio: si el error alegado se corrige con un pronunciamiento sobre el fondo o si, por el contrario procede la retroacción, si hay que proclamar la nulidad del fallo o hasta dónde debe alcanzar la misma. Desde luego no parece que haya que insistir en que, *e.g.*, por mucho que desee el apelante civil que aduce el quebranto del derecho a practicar la prueba pertinente, porque se rechazó una prueba presuntamente trascendental, que, tras revocar el fallo, el asunto se devuelva al órgano *a quo,* ello no acontecerá (si hubo juicio y se valoró la prueba); de la misma manera tampoco, aunque el recurrente lo solicite, el tribunal *ad quem* puede sustituir la fundamentación de la prueba ante el vacío del órgano *a quo*; ni tampoco en el recurso (si el legislador ha optado por el doble grado), aunque el impugnante así lo exija, el tribunal podrá conocer de una cuestión decisiva, que integra el objeto, si ello no ha sido resuelto con anterioridad… Y aún más absurdo resulta pensar en que si se ha constatado el quebranto al derecho al juez imparcial, la incompetencia del tribunal, el principio de audiencia…, restará al albur del recurrente graduar las consecuencias jurídicas (el tratamiento procesal) de dichas infracciones.

Esta limitación o carencia de trascendencia de la voluntad del recurrente a efectos de determinar cómo se produce la corrección del vicio en el medio de impugnación, no es algo extraño ni una rareza o excepción. Antes bien al contrario, se debe a la propia naturaleza de la cuestión que examinamos. Precisamente uno de los ámbitos en el que el legislador gradúa con especial cuidado las consecuencias jurídicas de la infracción de sus previsiones es cuando se trata de las normas que se utilizan en el ejercicio de las diferentes potestades de los poderes del Estado. En especial en el caso de la actividad administrativa y del ejercicio de la potestad jurisdiccional (en el caso de la potestad legislativa constituyen el marco decisivo para determinar la constitucionalidad formal del plano de legalidad). Porque ambas son realidades instrumentales de naturaleza pública que regulan una sucesión de actos (un procedimiento), articulados en función de una serie de principios y garantías que se entienden esenciales para el ejercicio de cada una de las potestades (que están al servicio de intereses generales y particulares, públicos y privados). No cabe, en un estado de Derecho, el válido ejercicio de esas potestades si no se hace dentro del marco diseñado por el legislador, porque se entiende que es la única forma adecuada de tutelar aquellos intereses. Es el diseño puramente formal del plano de legalidad. Por eso en la protección de ese marco existe un interés público que trasciende a la naturaleza de los intereses que se ventilan en el (está en juego la propia pervivencia del poder del Estado en cuestión) así como el propio principio de legalidad. Esta perspectiva alcanza el mayor grado de intensidad, elevándose de plano, en el caso de los derechos fundamentales procesales como garantías objetivas. Y de esta manera la fijación de en qué supuestos se priva de eficacia jurídica, al margen de la voluntad de las partes, a los actos en el ámbito administrativo y procesal, la categoría de la nulidad, alcanza una trascendencia decisiva. Al graduar las consecuencias jurídicas de la infracción de la norma, el poder legislativo acomete una suerte de autotuela o función nomofiláctica de primer grado, cuya efectividad dependerá en última instancia del poder judicial, contingente o necesariamente.

Pues bien, el tratamiento procesal de los errores o vicios denunciados en los recursos no es más que la concreción del fenómeno descrito en un ámbito particular. Hasta no hace mucho la idea que nos ocupa resultaba superflua. Sin embargo, la previsión, desde que se implantó la LEC, de que el tribunal en los recursos no puede apreciar de oficio nada más que las causas de nulidad planteadas por las partes, induce a cierta confusión, arts. 227 LEC y 240.2.II LOPJ. De la lectura de la jurisprudencia[[372]](#footnote-372), se desprende la idea de que el tratamiento de los quebrantamientos de forma, su alegación y consecuencias, queda al albedrío de las partes (sobre todo cuando se vuelve la vista a las peticiones del recurrente para constatar si solicitó la nulidad de las actuaciones, y en caso de que no fuera así, justificar por qué se opta por ello). La explicación de la génesis y razón de ser, así como la constitucionalidad, de los preceptos señalados la abordamos *infra* al analizar la legitimidad constitucional de prohibir al tribunal *ad quem* examinar de oficio el quebranto de los derechos fundamentales procesales*.* Pero sí resulta evidente que el legislador lo que hace es alterar la regla general prevista en primera instancia: el proceso, y su regulación, el procedimiento, no pertenecen, por tratarse de una institución jurídica pública instrumental, *supra*, a las partes. De suerte que el cumplimiento de sus previsiones, *ius cogens*, escapa a la voluntad de aquellas y en consecuencia corresponde únicamente al propio legislador (vinculado por el sistema de fuentes) disponer de las consecuencias de la infracción de aquellas. Por eso, el tribunal está obligado, arts. 227 LEC y 240 LOPJ, a apreciar de oficio las nulidades. De esta manera, dicha previsión (el control de oficio por el tribunal de la autotutela del derecho procesal impuesta por el legislador) en sí mismano resulta necesaria, porque resulta de la propia naturaleza de las normas procesales. La constatación de esta realidad supuso una conquista del derecho procesal bien entrado el siglo XX y alteró la visión privatista tradicional según la cual el proceso pertenecía a las partes en cuanto que estas eran, desde la óptica del proceso civil (en especial la que deriva del *solemnis ordo iudiciarius* que impregna Las Partidas y a sus descendientes), las titulares de los intereses que allí se ventilaban. Consiguientemente, al impedir que el tribunal aprecie de oficio los quebrantamientos de forma, se altera la regla o consecuencia natural enunciada, hasta el punto de que un tribunal, al conocer de un medio de impugnación, ostenta menos facultades de tutela sobre el propio ordenamiento procesal (y las garantías objetivas esenciales allí contenidas) que un órgano administrativo respecto del ordenamiento de esa naturaleza, cuando en este no existen derechos fundamentales procesales (tan sólo creaciones especulares *ex lege*, sobre todo en el ámbito sancionador).

En cualquier caso conviene reparar en que incluso dando por buena la previsión del legislador que impide apreciar de oficio en los recursos las infracciones procesales acontecidas en la instancia (lo que, insistimos, *infra,* es imposible cuando está en liza un derecho fundamental procesal), lo único que se impide es esa circunstancia: en ningún caso se somete a la voluntad del recurrente la consecuencia de la estimación de la infracción alegada. Eso y solamente eso (que el recurrente es el que señala los motivos o infracciones que se examinan en el recurso) es lo que, por las razones que explicaremos, implica la afirmación “En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso…”. Mas, como venimos señalando, no comporta, por las razones explicadas, que el impugnante decida cuál es el tratamiento procesal que hay que otorgar si se estiman los vicios que libremente ha aducido. Lo que depende del recurrente es el motivo del recurso pero en ningún caso la consecuencia del mismo. De hecho la redacción adecuada del precepto sería esta: “Solamente se examinarán en los recursos los vicios aducidos por los recurrentes, cuya estimación comportará las consecuencias legalmente previstas.”.

Afortunadamente se está reafirmando cada vez más en el TS, en el orden penal, la línea jurisprudencial que descarta la voluntad de la parte a la hora de otorgar el adecuado tratamiento procesal al vicio estimado[[373]](#footnote-373).

Por ultimo conviene reparar en que es cierto que los motivos de nulidad previstos genéricamente y los quebrantamientos de forma que se alegan en los recursos, coinciden: las infracciones procesales (*in procedendo* o *in iudicando*), en el plano de legalidad o constitucionalidad, con trascendencia así como aquellas otras previstas expresamente. Mas existen dos diferencias fundamentales entre ambas: la primera es que el ámbito de aplicación de las previsiones de los arts. 225 y ss. LEC y 238 y ss. LOPJ, es mucho más amplio. Estas cubren, fundamentalmente, el tratamiento procesal de aquellas nulidades en las que se puede incurrir mientras el proceso está en marcha, sin necesidad de recurrir. Ese es el sentido del incidente dispuesto en los arts. 227.2.I LEC y 240.2.I LOPJ. Por el contrario, los quebrantamientos de forma en los recursos suponen una concreción de aquellas en un momento procesal específico y que, además, el legislador puede limitar. Ese diferente ámbito de aplicación comporta, en segundo lugar, que el tratamiento procesal de las causas de nulidad en uno u otro lugar presente importantes matices: mientras no se agota la instancia, la trascendencia de la infracción se evalúa respecto de un acto procesal específico, no se atiende al resultado del proceso porque este aún no ha acontecido (*e.g.* no se calibra de la misma manera la pertinencia de una prueba en el momento de admisión de la misma que a la vista de la sentencia sobre el fondo y lo mismo puede decirse si se ha impedido una alegación en un momento concreto). Y sobre todo, existen importantes diferencias cuando se determinan las consecuencias de la nulidad, de suerte que mientras la instancia está en marcha solo se atiende al principio de subsanación y conservación de los actos procesales, art. 243 LOPJ y 230 y 231 LEC: “Un procedimiento penal no es equiparable por fortuna a un conjunto de naipes apoyados unos en otros de forma que quitar uno hace caer todo el castillo levantado en precario equilibrio. En un proceso hay líneas diferentes que conviven y avanzan en paralelo.”[[374]](#footnote-374). Por el contrario, en los recursos hay que considerar también el tipo de recurso y las facultades de revisión que ostenta el tribunal *ad quem* así como a la decisión del legislador de establecer el derecho al doble grado, o si en la casación ha decidido proteger el *ius litigatoris* hasta cierto extremo… En consecuencia, el tratamiento procesal de las nulidades en los recursos solo se puede llevar a cabo con las previsiones específicas previstas en esa sede, porque las disposiciones genéricas de los arts. 225 y ss. LEC y 235 y ss. LOPJ, resultan insuficientes.

# CAPÍTULO VI CONCEPTO DE CASACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES

# Definición de la casación (modalidad ordinaria)

## Definición

La casación, en nuestro país, es un recurso extraordinario por cuanto, además de que únicamente tienen acceso a ella ciertas resoluciones, consiente únicamente una revisión limitada de la *quaestio facti* (no cabe alegar el error en la valoración de la prueba *in genere,* solo el error de hecho, así como la revisión de la fundamentación de aquella manifiestamente arbitraria, aunque la presunción de inocencia amplíe sus límites, *supra*), encomendado habitualmente al TS, y que además permite una desestimación anticipada sobre el fondo en el trámite de admisión.

## Los tres rasgos que singularizan a la casación

* Es un recurso extraordinario

Ya se ha explicado suficientemente que, además de la limitación de resoluciones que acceden a ella, lo decisivo es que comporta esencialmente una revisión más limitada que la que acontece en el recurso ordinario. Mas lo trascendental no es ese dato abstracto, que no es más que la definición genérica de un recurso extraordinario, sino explicitar en qué consiste esa restricción. Y como se ha puesto de manifiesto, actualmente significa la limitada revisión de la *quaestio facti*. Cuestión suficientemente tratada.

Además la casación, tanto civil como penal, se restringe en la actualidad a las sentencias sobre el fondo. Pero como demuestra la historia, y hoy sigue aconteciendo en lo penal, art. 848 LECrim, el legislador puede entender que determinados supuestos en los que ha acontecido una aplicación definitiva del derecho procesal (falta de jurisdicción o competencia) o sustantivo (en este caso a través de una exclusión de la aplicación del *ius puniendi*, o bien en la ejecución de penas o de régimen penitenciario), aun tratándose originariamente de autos, tienen acceso a casación.

Conviene no perder de vista que, como se ha insistido a lo largo del trabajo, todos los rasgos explicados de la casación como recurso extraordinario son relativos. Porque no deja de ser un recurso, un derecho de configuración legal, art. 24.1 CE cuya existencia y contenido (salvo para el condenado) restan al albur del legislador (además de las imposiciones constitucionales como la especial exigencia de la inmediación en lo penal). Eso no significa que la tradición no haya prefigurado unos rasgos identitarios singulares, como, en nuestro caso, la revisión limitada de la *quaestio facti*, cuyos límites, sin embargo, la CE ha desbordado. Pero erigir esos caracteres históricos relativos en esencias inmutables significa incurrir en la equivocada perspectiva sincrónica de la casación a la que nos referimos inmediatamente, y no percibir que no deja de ser un instrumento al servicio de las necesidades jurídicas, pero también políticas, sociales y económicas, que demanda la sociedad en cada momento.

Precisamente buena prueba de la mutabilidad de los rasgos de la casación, es el intento del legislador civil de alterar por completo el contenido de la casación en ese orden jurisdiccional, excluyendo los quebrantamientos de forma, y las submodalidades de la casación penal ya explicadas, en el caso del proceso de menores y régimen penitenciario (unificación de doctrina), así como la prevista recientemente para los delitos de menor entidad (creación y unificación de doctrina), que no consienten el acceso de las infracciones procesales.

Evidentemente, como acontece con cualquier recurso extraordinario, al limitarse la revisión que se puede realizar del derecho aplicado, sustantivo o formal, la tutela del derecho en esa sede, lo que tradicionalmente se denomina *ius litigatoris* y *ius constitutionis,* decrece, con los matices que señalamos a continuación.

* Conoce de ella el TS (salvo en los casos de derecho foral o especial)

Como se va a insistir inmediatamente, este es el rasgo decisivo de la casación. Y es que, efectivamente, la casación a tenor de los rasgos descritos, no es el único recurso extraordinario de nuestro ordenamiento. Coexiste, como se hizo notar, junto a otros medios de impugnación en los que también acontece una cognición limitada de la *quaestio facti,* en comparación con lo que sucede en un recurso ordinario, la apelación. Por eso, concluimos que también son recursos extraordinarios la suplicación en lo social y las “apelaciones extraordinarias en lo penal”: la apelación de la acusación y la apelación en el jurado.

Lo que singulariza a la casación es un elemento subjetivo: el tribunal que conoce de ella, de suerte que, dentro del sistema del *civil law,* el valor o fuerza de su jurisprudencia aumenta de forma natural o consustancial sin necesidad de previsión alguna. Puede decirse, aunque enseguida se matizará, que la posición del TS auspicia la mayor tutela del derecho y de los intereses legítimos que puede darse, dentro del plano de legalidad, en el ordenamiento jurídico.

El problema, ya advertido y en el que se va a insistir, de la casación después de la CE es la alteración de la posición del TS en el ordenamiento jurídico, resultante de la creciente complejidad del sistema de fuentes. De esta manera, no puede sorprender que las reformas de la casación civil en 2000 y la penal en 2015, tiendan a centrar al TS en aquello en lo que tiene, casi siempre, la última palabra, a través de diferentes argumentos. De ahí los esfuerzos para reconducir el ámbito de la casación a aquello en lo que sigue manteniendo prácticamente su posición originaria, siendo todavía, casi siempre, el más Alto Tribunal, el derecho sustantivo interno.

* La posibilidad de inadmitir *in limine litis* el recurso mediante una desestimación sobre el fondo: carencia manifiesta de fundamento y el interés casacional

Ya se ha destacado suficientemente que es la última nota que caracteriza a nuestro recurso extraordinario. Es un mecanismo fundado en la oportunidad estrictamente procesal, para aliviar la carga de trabajo del Alto Tribunal. La casación es el único recurso (con el matiz explicado de la suplicación laboral) que (junto al recurso/proceso de amparo) cabe desestimarlo anticipadamente en el fondo en el trámite de admisión. Una realidad que, al margen del precedente de la LOTC, con los antecedentes de 1988, L 21/88, en lo penal y 1992, L 10/92, en lo civil, ya señalados, ha cobrado una virtualidad inusitada a través del concepto de interés casacional, primero en lo civil, 2000, y ahora en lo penal, 2015. Una tendencia que se confirma con las previsiones del pre legislador en el ALECRIM y ALMEP de 2020, como se ha explicado.

## Lo que singulariza a la casación es la posición del TS

De los tres rasgos enumerados el principal es el segundo, que se encomienda ordinariamente al órgano encaramado a la cúspide del poder judicial[[375]](#footnote-375), pues los otros dos son adventicios o relativos, por mucho que la tradición, en el caso del primero, lo añada desde fecha muy temprana y la CE lo rediseñe, o bien se incorpore recientemente, en el caso del tercero. Siempre dependen de la voluntad del legislador. Por el contrario, el segundo es el inmutable, resulta ajeno a aquel y es el que, en definitiva, proporciona a los pronunciamientos del Alto Tribunal un valor reforzado frente a los de otros tribunales. Una circunstancia que acontece con independencia de cómo se llame el recurso a través del cual ejerce su competencia funcional, de su naturaleza, es decir si es ordinario o extraordinario, y, consiguientemente del ámbito de la revisión que se le consienta ejercer[[376]](#footnote-376). Precisamente la presunción de inocencia es el mejor ejemplo de ello: la ampliación de los límites tradicionales de la casación que comporta no muda la naturaleza ni la eficacia de los fallos del TS, incluso con los criterios clásicos, infra, y por el mismo motivo cuando el TS a la par de la casación también conocía, transitoriamente, de la segunda suplicación y la injusticia notoria (revisión completa de la *quaestio facti*) no existía diferenciación posible entre la eficacia de los fallos según el tipo de recurso. Por eso, conviene despejar desde ya un habitual error de perspectiva; no es la casación la que, en cuanto que un recurso específico, atribuye a los fallos del Alto Tribunal una eficacia material y procesal sobreañadida, sino que es el TS quien confiere a la casación (a los productos de esta) ese valor reforzado[[377]](#footnote-377).

### La mutación de la situación del TS en el ordenamiento jurídico a tenor del nuevo sistema de fuentes

El problema es que ha acontecido lo impensable: lo inmutable, la posición del TS, es lo que ha mudado. La actual crisis de identidad de la casación, si se nos permite denominar así al replanteamiento del alcance del recurso en los diferentes órdenes jurisdiccionales, proviene, aunque a veces no se repare en ello, fundamentalmente, de los cambios que se han originado respecto al elemento decisivo: a la posición del TS en el ordenamiento jurídico según el actual sistema de fuentes. Como se ha hecho explicado suficientemente, la entrada en escena del plano de constitucionalidad ha supuesto la posibilidad de que en nuestro país, mediante el recurso de amparo, los fallos del TS puedan volver a enjuiciarse, a través de los derechos fundamentales, por el TC. Además la relación entre el plano de legalidad y constitucionalidad, reforzada por la aplicación directa de los preceptos constitucionales (aunque la eficacia directa de los derechos fundamentales, en todo caso, en las relaciones *inter privatos,* es algo discutible) resulta en ocasiones inextricable. Es lo que ha acontecido con los quebrantamientos de forma y el art. 24 CE.

Pero es que además, como se ha hecho notar, la complejidad del sistema de fuentes ha aumentado, afectando también a la posición del Alto Tribunal, a través de los tratados internacionales, al coincidir la jurisdicción de otras instancias internacionales con la del TS y TC en materia de derechos fundamentales, a la par que, a través del derecho de la UE y el principio de primacía del mismo (que no solo alcanza a todos los poderes del Estado, incluido el poder judicial sino también a las Constituciones nacionales), el Tribunal de Justicia de la UE no solo pueda conocer, respecto de aquellas materias en las que la UE tiene competencias, no solo los derechos fundamentales, sino también del plano de legalidad, sustantivo, nacional.

Un problema sobreañadido es que además de mudar la posición del TS en el ordenamiento jurídico, también su nueva ubicación es relativa: según se trate de una u otra materia, no solo coexistirá su jurisdicción con la de esos otros tribunales, sino que también lo hará con una intensidad diferente. Evidentemente, no es lo mismo que el TS se pronuncie sobre una cuestión estrictamente atinente a un precepto sustantivo nacional en un ámbito en el que la UE no tiene competencia (ni exclusiva ni compartida, arts. 3 y 4 TFUE), en cuyo caso solo se podría revisar el carácter ilógico o irracional de su exégesis, art. 24.1 CE, que hacerlo respecto de una garantía procesal como el derecho del condenado al recurso (pudiéndose tratar también de un ámbito en el que la UE ostenta una competencia compartida).

A resultas de la mutación de la posición del TS en el ordenamiento jurídico y los diferentes planos jurídicos que se superponen en las situaciones jurídicas enjuiciadas, el valor de su jurisprudencia también se ha visto alterado necesariamente. Ya no es siempre el último tribunal, sino en ocasiones el penúltimo o antepenúltimo… Consiguientemente, el valor reforzado (el plus de eficacia material y procesal) de sus pronunciamientos ya no es el mismo. Un valor que, como se acaba de explicar, ya ni siquiera se predica por igual respecto de todas sus resoluciones.

## Las dos corrientes que auspician la reforma de la casación

Aunque suponga un exceso de simplificación, existen dos corrientes que auspician la reforma de nuestro recurso extraordinario por excelencia desde el S. XVIII. Ambas comparten la intención de restringir su espectro, pero con unas miras bien distintas. Por un lado existe aquella que podríamos denominar con propiedad “reduccionista” (por cuanto el adjetivo se predica no solo de su meta sino de la amplitud de su perspectiva), según la cual el recurso únicamente tiene sentido para unificar la jurisprudencia y a tales efectos inmediatamente entran en escena los arts. 9.3, 14, la proscripción de la arbitrariedad, el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que en el plano subjetivo acaban por aterrizar, como se ha constatado, en el art. 24.1 CE, a la hora de exigir una fundamentación lógica (tanto de la *quaestio facti* como de la *quaestio iuris*) de los fallos. Se trata de una tendencia que casi desde siempre ha estado presente en la historia de nuestra casación[[378]](#footnote-378) y que resucita con mayor o menor fuerza cada cierto tiempo. Especialmente cuando resulta preciso reducir el ámbito del recurso extraordinario. De ahí que no resulte extraño que sea aquella que se ha impuesto en los anteproyectos de 2020 examinados, ALECRIM y ALMEP. Por otra parte, y con una mayor profundidad dogmática, existe aquella otra que, consciente de la explicada mutación de la posición del TS en el ordenamiento jurídico, pretende blindar su posición a costa de renunciar a parte de su competencia funcional: excluyendo de la casación aquellas materias en las que el Alto Tribunal tiene competencias compartidas con otros tribunales, en especial el TC: los quebrantamientos de forma. Podría decirse que el eje constitucional de esta corriente es el art. 123 CE y su coordinación con el Tit. IX de la CE. El mejor ejemplo de ella, como es conocido, fue el intento de la LEC 1/2000, al que volveremos más detenidamente, de trasvasar aquellos a los TTSSJJ a través del recurso extraordinario por infracción procesal, aunque tampoco se puede pasar por alto la corriente jurisprudencial, ya examinada, quedesde 2017 pretende rebajar el contenido de los derechos fundamentales procesales en casación con la excusa de que ya han sido examinados en un recurso previo ante los TTSSJJ. Bien es cierto que en ocasiones ambas corrientes llegan a aunar fuerzas: así ha sucedido, según se ha podido comprobar, con la nueva modalidad de la casación penal existente desde 2015, que únicamente consiente las infracciones de ley sustantiva cuando existe interés casacional.

Mas si algo comparten ambas tendencias revisoras es sustentar sus postulados en la búsqueda y, evidentemente, hallazgo de la esencia o sentido prístino de la casación en función del tradicional binomio: tutela del *ius litigatoris* o *ius constitutionis,* con el que habitualmente se examina aquel recurso. Efectivamente, el *leit motif* de ambas corrientes no es otro que retornar a lo que debe ser la misión originaria del recurso extraordinario, explicado a través de la mentada dialéctica, que de alguna manera se habría ido corrompiendo en el transcurso de la historia (o que en el caso de la corriente reduccionista consistiría en la resultante, a partir de un momento determinado, de la evolución de la casación francesa).

Las dos corrientes, a nuestro entender, adolecen de dos vicios fundamentales. Por un lado, la relatividad e inexactitud intrínseca del binomio reseñado para identificar la esencia de la casación, y por otro la propia perspectiva estática, sincrónica, empleada: suponer que las instituciones jurídicas tienen una suerte de esencia inmutable (originaria o alcanzada en un momento dado de su evolución) que pervive en el tiempo y que hay que salvaguardar de posibles desviaciones o corruptelas que acontecen con el paso del mismo.

## La relatividad histórica y técnica de las finalidades tradicionales de la casación: la tutela del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*

En modo alguno se pretende reabrir en este momento un debate sobre cuál es la auténtica finalidad del recurso de casación[[379]](#footnote-379), si es que realmente existiera, porque no es el lugar ni el momento oportuno. Simplemente se quiere dejar constancia que el intento de reformar dicho recurso extraordinario en función del retorno a su pretendida esencia originaria en atención a los criterios tradicionales de la tutela del *ius litigatoris* o *ius constitutionis* resulta infructuosa por la propia naturaleza de esos criterios.

Ahora bien, sí conviene aclarar desde un principio y sin necesidad de entrar en más detalles, que reputamos los intentos de reducir el ámbito de la casación, con la excusa de presentarla como un recurso dedicado, exclusiva o principalmente, a la unificación de jurisprudencia es un error epistemológico: la unificación de doctrina es siempre un paso ulterior, y no siempre necesario, a la creación de la misma; solo a partir de lo que debe entenderse por la debida intelección de una norma, la más razonable en un momento determinado de las que pueden darse, doctrina legal, se pueden desechar aquellas que no se entienden procedentes. Esa es la función decisiva, consustancial y natural, del último tribunal; para eso existe, en un sistema jurídico, sea cual fuere su denominación y la clase de recurso a través del cual se activa su competencia funcional. Por eso la ausencia de contradicción o disparidad en la exégesis de una norma no garantiza el acierto de la misma y no disipa la necesidad, a efectos de seguridad jurídica, de contar con la oportuna doctrina legal o jurisprudencial. A mayor abundamiento, en función de los diversos factores cambiantes que influyen en la creación o interpretación del derecho, puede resultar que lo que en un momento dado se considera la exégesis adecuada de un precepto, ya no es posible seguir reputándola así. Por eso, el recurso extraordinario no debe reducirse nunca a la existencia de jurisprudencia contradictoria; así lo demuestra el interés casacional en lo civil, trasplantado a la nueva modalidad de la casación penal, que, como se ha visto, incluye legalmente la creación de doctrina (aunque limitada a un cierto lapso temporal de vida del precepto) y ampliada por el TS a la necesidad, por las circunstancias señaladas, de *overruling*, y lo mismo acontece, según se señaló, con la trascendencia constitucional en el amparo. Y así se, como se vio, se constata en los anteproyectos de 2020 tanto en lo civil, ALMEP, como en lo penal, ALECRIM.

A mayor abundamiento, la perspectiva reduccionista, no es capaz de explicar la constitucionalidad, tras el cóctel, agitado no mezclado, de los arts. 9.3, 14, y 24.1 CE, (erradicación de la arbitrariedad, seguridad jurídica, igualdad en la aplicación de la ley que impone suprimir la posibilidad de jurisprudencia contradictoria, supuestamente la verdadera y única finalidad de la casación) de nuestra casación penal hasta 2015, que excluía el acceso a la misma de los delitos de hasta 5 años de prisión y 10 de otra pena y que, consiguientemente, consentía la existencia de jurisprudencia contradictoria. En definitiva, si la perspectiva reduccionista fuera cierta, el diseño de la casación penal desde 1978 hubiera sido inconstitucional, desde 1949 como se sabe estaban excluidas las faltas; cuando por el contrario en 1988 se amplió la exclusión a los referidos delitos de menor entidad (habitualmente los menos graves). Y de esta suerte resulta incongruente partir de la premisa que criticamos y reafirmar, como se comprobó, la exclusión de los delitos leves, ALECRIM. Por eso, el gran acierto de la jurisprudencia de la Sala Segunda ha sido centrar su discurso en que la finalidad de la casación estriba en la nomofilaxis estricta, la creación de la doctrina jurisprudencial (aunque reducida, y esta es nuestra crítica, a lo sustantivo). A partir de ella, como consecuencia necesaria, si es el caso, se unifican los criterios discrepantes.

Siendo consecuentes con el planteamiento realizado, según el cual el porvenir del TS y de su instrumento, la casación, no se encuentra en el pasado o tradición, sino en la reflexión de cuál debe ser el nuevo cometido de ambos a tenor de la radical transformación del panorama jurídico que ha acontecido en nuestro país desde el último cuarto del siglo pasado, lo que pretendemos poner de relieve es que la explicación de la naturaleza de la casación en función de esos parámetros tradicionales es relativa e insuficiente.

### La relatividad histórica de dichos criterios

Efectivamente, es un hecho notorio que la definición del recurso de casación se hace siguiendo los parámetros de la tutela del *ius litigatoris* y del *ius constitutionis* (nomofilaxis[[380]](#footnote-380) y unidad jurisprudencial), que allí tiene lugar. Pues bien, dichos criterios aunque enormemente útiles a efectos pedagógicos, se han exorbitado, sin reparar en sus carencias internas y relatividad, que se constatan tanto desde una perspectiva histórica como técnica.

Efectivamente, ha sido tal el éxito del examen de la casación con semejante dialéctica que ha oscurecido el origen y sentido de la misma. De hecho ese recurso extraordinario es el único cuyo análisis se aborda con esos parámetros. Se obvia en consecuencia que el inicio de semejante técnica se encuentra fundamentalmente en la habilidad del citado ilustre profesor florentino quien, en su monumental trabajo sobre el recurso extraordinario, no hace otra cosa que dar una nueva vida a unos criterios que, como se ha puesto de relieve, desde el derecho romano se empleaban, inicialmente ya en la república, y que se consagran siglos más tarde en el Digesto, para significar la distinción entre la nulidad y la apelación. Y pasarían otras centurias hasta que los glosadores (Bártolo) los resucitan, junto a los de error de hecho y de derecho, para dar sentido a las mutaciones que ambos recursos iban padeciendo en el *ius commune.* Emulando a los glosadores el florentino, siglos más tarde, los vuelve a poner en escena al contemplar un recurso creado por los revolucionarios franceses para proteger, como se ha señalado, al derecho constituido[[381]](#footnote-381). A esos efectos, y con todas las matizaciones históricas que refleja aquel ilustre jurista, resulta imposible dejar de emparentar a la nulidad romana con la casación.

En cualquier caso, y al margen de otras consideraciones técnicas, resulta evidente históricamente que es imposible reducir la dialéctica *ius constitutionis vs. Ius litigatoris* al examen de la casación sino que ha de aplicarse a cualquier recurso ordinario o extraordinario en el que pueda pensarse: la apelación, la suplicación, e históricamente también a la segunda suplicación y la injusticia notoria. E incluso también habría de utilizarse, si realmente fuera de utilidad, actualmente en el examen de los procesos constitucionales, en especial el amparo con la salvedad de que su conocimiento se reduce al plano de constitucionalidad. Además, si se compara el amparo con el recurso extraordinario por infracción procesal civil, se constata que el ámbito de ambos es prácticamente idéntico (salvo aquellas excepcionales infracciones del plano de legalidad que no trascienden al plano de constitucionalidad), siendo la diferencia decisiva únicamente la posición del tribunal que conoce de cada uno.

Estamos, pues, una vez más, ante criterios propedéuticos, empleados *ex post*, no por quien diseñó los recursos, sino por el exégeta que pretende encontrar criterios claros a efectos de distinguir unos medios de impugnación de otros, pero que más allá de la finalidad pedagógica señalada carecen de la necesaria precisión para apurarlos hasta las últimas consecuencias. Entre otras cosas porque el binomio nulidad-apelación, no tiene nada que ver con el de casación-apelación. Por eso, por ejemplo, no tiene sentido en la actualidad, porque no responde a la realidad, proclamarque la apelación extraordinaria para la acusación supone una mayor protección del *ius constitutionis* que la del condenado, o que solamente contempla aquella finalidad porque no atiende al error de hecho (lo que tampoco es exacto).

### La distinción entre (*ius constitutionis*) y (*ius litigatoris*) es un artificio desde el punto técnico

Nadie puede negar que la propia distinción entre el derecho objetivo y el subjetivo ya es de por sí un artificio completo; el ordenamiento jurídico no se divide entre preceptos de naturaleza objetiva, el derecho constituido (conjunto de normas en sentido abstracto, constituido por unos presupuestos de hecho y las consiguientes consecuencias jurídicas, *in genere*), y los que regulan derechos subjetivos y los intereses legítimos (poderes y facultades esencialmente). Es imposible encontrar preceptos completamente objetivos o subjetivos. Fundamentalmente porque el vehículo del interés legítimo, de la situación subjetiva, es necesariamente la norma y, por otra parte, la existencia de los preceptos siempre está orientada en última instancia a satisfacer y regular aquellos intereses, precisamente para organizar la convivencia en sociedad, incluso cuando solo se contempla a estos de manera indirecta, como sucede con aquellas disposiciones que regulan los aspectos organizativos, la estructura y funcionamiento, de los poderes en los que se organiza el Estado. Por eso, cada vez que un tribunal aplica el derecho, también dentro de los recursos, no puede dejar de tutelar a la par el derecho objetivo y los intereses legítimos. A mayor abundamiento cuando el derecho al juez imparcial configura necesariamente al proceso como un proceso de partes: se necesita que unos sujetos diferentes (incluso con una legitimación extraordinaria que les permite hacer valer derechos o intereses legítimos ajenos) al tribunal impetren la tutela de los intereses legítimos reconocidos por el ordenamiento, mediante el ejercicio de una pretensión que cuenta con un objeto específico, hasta el final del proceso.

Consiguientemente, ningún recurso puede dedicarse exclusivamente a tutelar el derecho objetivo o el subjetivo[[382]](#footnote-382). Y por eso mismo, como se ha hecho notar, no existe una contraposición entre ambas finalidades, de suerte que el aumento de una suponga la mengua o inexistencia de la otra y viceversa.

* Todos los tribunales al aplicar el derecho se dedican a la tutela del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*

Pero además la relatividad e imprecisión de la distinción entre la tutela del *ius litigatoris* y del *ius constitutionis* como criterio que perfila la casación o cualquier otro recurso,se denota en que cada vez que un tribunal aplica el derecho, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, no puede dejar de hacer valer ambos aspectos. Lo que no deja de ser la consecuencia de que en toda norma o precepto, como se ha explicado, existe de forma consustancial y concomitante un ámbito objetivo y subjetivo. Por eso, aun cuando un tribunal enjuicia un asunto en primera instancia lleva a cabo una labor de depuración, de nomofilaxis, del sentido de la norma que está aplicando, a la par que tutela los intereses legítimos de los litigantes. Eso explica que las definiciones actuales del concepto de jurisdicción, del ejercicio de la potestad jurisdiccional, abarcan ambos aspectos en cuanto cometido que singulariza a aquella[[383]](#footnote-383). Y esa misma dualidad que comporta el ejercicio de aquella potestad existe en cada recurso.

Lo anterior no significa que no existan diferencias entre el ejercicio de la potestad de la jurisdiccional en cada caso; evidentemente en primera instancia no tiene lugar la unificación de jurisprudencia, mientras que en segunda sí acontece aunque en menor intensidad que en casación, además de que la nomofilaxis, la creación de doctrina a través de lo que se entiende como la adecuada exégesis de un precepto es más intenso en casación que en las instancias anteriores, aunque estas no estén vinculadas formalmente por aquella; de la misma manera que a medida que se restringe la posibilidad de revisión, como acontece en la casación o en cualquier recurso extraordinario, según se ha indicado, la nomofilaxis y tutela del *ius litigatoris* resulta de menor intensidad que en la primera instancia o en la apelación…

Ahora bien, resaltar las limitaciones y deficiencias de unos criterios no significa desdeñarlos ni dejar de reconocer su utilidad, sino reconocer que no son autosuficientes sino relativos, y que han de ser complementados con otros. Por eso, si bien toda restricción del ámbito de conocimiento que se suscita en un recurso en un recurso extraordinario no deja de afectar, reduciéndola, por igual a la tutela del derecho y por ende de los intereses legítimos, no deja de ser cierto, como se ha reconocido, que no tiene por qué hacerlo en la misma proporción. Así, según se dijo, en la medida en que se reduce la revisión de la construcción de la *quaestio facti*  es evidente que se deja de tutelar las normas jurídicas que regulan la elaboración del relato fáctico, pero ello se hace no en un ámbito general sino singular: en la medida en lo que ha acontecido en el caso concreto. Por consiguiente, no resulta erróneo concluir que la restricción de la revisión del error de hecho incide con mayor intensidad en la reducción de los intereses legítimos que del derecho constituido[[384]](#footnote-384).

## La necesidad de perfilar el análisis de la casación con una perspectiva moderna de la eficacia material y procesal de los pronunciamientos de los tribunales

Lo que singulariza a los pronunciamientos del TS es aquello que diferencia la eficacia material y procesal de los mismos respecto de los fallos de otros tribunales.

Por eso, y atendiendo a la distinción entre la eficacia material y procesal de un fallo, que también es un artificio a efectos propedéuticos, cabe señalar que en lo que atañe a la incidencia en el plano material, de las relaciones o situaciones jurídicas sustantivas, el fallo del TS afecta al objeto enjuiciado exactamente con la misma intensidad con la que lo haría cualquier pronunciamiento firme de otro tribunal: otorga la mayor seguridad jurídica en el plano sustantivo a lo decidido, aquella que se blinda con la eficacia procesal de cosa juzgada (negativa). E igualmente acontece en el ámbito material con aquellas otras situaciones jurídicas diferentes a las que se extiende esa misma seguridad que proporciona la resolución definitiva de un conflicto con el que están emparentadas, cubiertas con la eficacia procesal de la cosa juzgada positiva (algo habitual en lo civil entre las partes, que incluso afecta a terceros en los supuestos previstos, art. 222.3 LEC, pero que es infrecuentísima en lo penal dada la desconexión de las situaciones jurídicas que se enjuician y que desde luego, por mor del principio de audiencia, no cabe extender a terceros). Además exclusivamente en el ámbito privado, porque en lo penal no es posible por la razón señalada, se otorga una estabilidad material de cierta intensidad, aunque no definitiva, cuando se trata de relaciones emparentadas con la enjuiciada mediante vínculos de dependencia o de prejudicialidad, a través de la eficacia procesal reducida[[385]](#footnote-385). E incluso si se trata de enjuiciar los mismos hechos en el orden civil es posible reconocer una seguridad o eficacia material más liviana o reducida que se blinda a través de la oportuna eficacia procesal del fallo primigenio (la sentencia como un indicio[[386]](#footnote-386)), que una vez más y por la razón expuesta no acontece en lo penal. Pues bien, en todos estos casos, insistimos, no existe diferencia alguna entre la eficacia del fallo del TS y la que proviene de cualquier pronunciamiento firme de otro tribunal. Es la manifestación más evidente de que el grado de potestad jurisdiccional que ostentan todos los tribunales es el mismo.

En puridad, y como es notorio, la única diferencia a efectos de la eficacia material y procesal entre los pronunciamientos del TS y los que resultan de otros tribunales, es la que acontece en el otro ámbito de aquellas: el valor de la jurisprudencia, que en nuestro caso debe encuadrarse en el propio de un país del *civil law*, valor complementario, en el que solo ostentan el valor de fuente del derecho los pronunciamientos del TC. Ni es el momento ni el lugar para explayarnos sobre la misma, pero sí hay que insistir en que, frente a lo que habitualmente se opina, todo pronunciamiento de cualquier tribunal (jurisprudencia en sentido amplio) ostenta una eficacia procesal y material: porque otorga cierta seguridad en el plano material a quien se encuentra en el mismo dilema jurídico y es consciente de que los tribunales (cualesquiera de ellos) lo solucionan de una determinada manera y, a esos efectos, aportará esos fallos para que influyan psicológicamente en tribunal ulterior, eficacia procesal imposible de mensurar *a priori* pero no por ello inexistente. Evidentemente, y al margen de la *auctoritas* de un fallo, que no tiene por qué depender de la situación jerárquica del tribunal, cuanto más alto es el tribunal del que emana el pronunciamiento, más fuerza tiene el valor de este en tanto existe la posibilidad de que, a través del ejercicio de su competencia funcional, revoque el pronunciamiento del órgano situado en un plano inferior, a la par que está unificando los diferentes criterios que pueden existir. Una perspectiva dinámica que culmina, en el plano de legalidad (así como la tutela más inmediata de los derechos fundamentales en el de constitucionalidad), habitualmente en el TS (sea cual sea el recurso, su nombre y el ámbito del mismo, en el que se manifiesta su competencia funcional). Por eso insistimos en que la fuerza de la casación no resulta de la *auctoritas*, sino de la *potestas*, del ámbito de competencia funcional en el que el TS está llamado a ejercer la potestad jurisdiccional. Y por lo mismo, lo decisivo en la casación no es el recurso en sí, sino la posición del TS. Evidentemente, además, en la medida en que estamos en presencia del último tribunal, culmina la unificación jurisprudencial, cuando ello es necesario. Y a estos efectos también es notorio que la eficacia procesal del fallo del TS es la máxima en ese ámbito específico, aunque una vez más tampoco es exclusiva del mismo sino de cualquier tribunal que ostente la última posición al conocer de determinada materia en un recurso. Es pues en el plano de la eficacia material y procesal de las sentencias en cuanto que jurisprudencia donde se diferencia el valor de los fallos del TS del de los restantes tribunales situados en un plano inferior. Todo ello con independencia de que también es cierto que procedimentalmente a la jurisprudencia, o al menos a parte de ella, del TS se le puede reconocer un valor añadido: es lo que acontece con la exigencia de interés casacional (en cuanto que contravención a la jurisprudencia del TS) a efectos de interponer el recurso extraordinario.

### La relatividad del concepto del recurso de casación

Si el análisis del recurso extraordinario, su finalidad, resulta incompleto a tenor de los criterios habitualmente empleados, también resulta imperativo integrarlo con otras consideraciones.

* La inexistencia de un concepto único y universal de la casación

Sin negar el origen de la institución y su influencia en nuestro país, aunque con significativas diferencias ya explicadas [[387]](#footnote-387),  es un error epistemológico intentar extraer de una realidad jurídica singular, enmarcada en unas coordenadas históricas concretas, una suerte de esencia universal y atemporal.

En efecto, la presunta naturaleza prístina de la casación, que se resumiría en el elenco de finalidades que tradicionalmente se enumeran y cuya relatividad hemos puesto de manifiesto, no es sino el resultado de una abstracción operada sobre una institución procesal surgida en unas coordenadas históricas específicas en las que existía un determinado modelo político-jurídico singular que, aunque permanece en su esencia (la soberanía popular, la división de poderes en la que se encarna el Estado -principalmente en su concepción del XVII en Alemania-), aunque los rasgos específicos de cada uno de los poderes, especialmente el judicial, hayan mudado significativamente, presenta diferencias esenciales con la complejidad de los actuales ordenamientos multinivel que son el resultado de la evolución del Estado social y democrático de derecho desde la segunda guerra mundial, habiendo además acontecido una paulatina cesión de soberanía que ha alterado radicalmente el sistema de fuentes. Y es en este nuevo marco jurídico, siempre cambiante, donde la casación está llamada a desempeñar su papel decisivo en la actualidad.

A mayor abundamiento, parece más que dudoso que esa intelección de las finalidades de la casación, efectuada e influida *a posteriori* por el método histórico que ha imperado durante gran parte del siglo XX, existiera de forma consciente en los responsables de la paternidad del recurso, fundamentalmente porque las ideas esenciales en torno a las que se originaba, el principio de legalidad, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, aunque proclamadas, se encontraban en estado embrionario y refundidas en torno a una idea esencial: el sometimientos de todos, incluido el soberano, a la ley, suscitaba la igualdad ante esta, lo que también provocaba seguridad jurídica. Por eso había que preservar, a través de un mecanismo procesal y con un órgano específico –ni siquiera jurisdiccional-, la pureza (también según una muy concreta perspectiva filosófica de lo que consiste la interpretación de un precepto) de la producción normativa del Parlamento frente a un Poder Judicial que, por estar nutrido de una clase ajena a la que origina la revolución, podría desvirtuar el resultado directo de la soberanía popular.

Mas esas condiciones, políticas, jurídicas y socioeconómicas, revolucionarias francesas no son las mismas que en las del imperio y por supuesto nada tienen que ver con las que se daban en nuestro país mientras las tropas napoleónicas invadían el territorio nacional (por eso hasta mediados del XIX ni siquiera se llamó casación a este recurso), ni con las que existirán en el durante todo el XIX y a lo largo del XX. Por eso, como se ha visto, existen diversas versiones y variantes del recurso extraordinario. Y también por el mismo motivo tan “auténtica” es la casación francesa como la versión resultante de su importación en España y sus sucesivas modulaciones.

Como se ha venido denunciando, pretender que la solución a nuestro recurso extraordinario más común consista en volver al siglo de las luces, supone ignorar la verdadera esencia de cualquier institución jurídica: su relatividad. En tanto en cuanto estas son instrumentos al servicio de la convivencia y las necesidades de la sociedad en cada momento, su contenido no puede dejar de mudar en función de los cambios que acontecen en aquellas. A nadie, *e.g.,* se le ocurre afirmar que hay que retornar al modelo originario kelseniano del Tribunal Constitucional, o a lo que supone según este la Constitución (y su naturaleza programática) en el sistema de fuentes o al concepto de derecho fundamental y su eficacia jurídica[[388]](#footnote-388)… Evidentemente, esa misma relatividad es consustancial a las instituciones procesales en cuanto que realidades, a su vez, al servicio del ordenamiento jurídico. Por muy cierto que resulte que la redoblada instrumentalidad de las categorías procesales les atribuya un grado de abstracción más elevado que a las sustantivas (eso explica la longevidad plurisecular de las leyes procesales), tampoco resultan inmunes al decurso del panorama político, jurídico, económico y de las necesidades sociales en general, sino todo lo contario. Y esa suerte de mutabilidad congénita de la esencia de las categorías procesales aumenta exponencialmente cuando nos acercamos a la cúspide del Poder Judicial, a su organización y gobierno, así como a los instrumentos procesales concretos que culminan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Porque ellos son la última frontera que delimita la relación y vínculo con los restantes poderes del Estado, los órganos constitucionales así como con aquellas otras instancias supranacionales a las que ha habido una cesión de soberanía. Y precisamente, la casación, o como se quiera denominar al recurso extraordinario, es, habitualmente, el mecanismo a través del cual el órgano que culmina el Poder Judicial, manifiesta la última palabra de este respecto de un asunto (que ha podido consistir también en el control de la actuación de otro poder del Estado, o en la primera tutela de los derechos fundamentales).

Consiguientemente, pretender retornar al modelo casacional francés, nunca implantado en nuestro país, o a una de las variantes de este que existió en España, implica asumir una perspectiva sincrónica, y por ende estática, de las instituciones jurídicas, frente a la diacrónica o dinámica por la que apostamos. Supone, en definitiva, confundir el punto de partida con el de llegada. Y ello asumiendo que la adecuada óptica diacrónica de la casación ni desprecia ni ignora su devenir histórico, sino que, a partir del adecuado conocimiento del mismo, se plantea el debate de cuál debe ser la misión, y por ende, el contenido del recurso extraordinario en las actuales coordenadas políticas, jurídicas y socio económicas.

* El diseño de la casación se realiza en cada momento atendiendo a diversas coordenadas

Así, el ajuste del contenido exacto de la casación (o de cualquiera que sea y cómo se llame el recurso del que conoce el Alto Tribunal de un país, ya sea del *civil* o *common law*, el Aerópago…) y por ende cómo deben equilibrarse las misiones que cumple aquella (las mismas que todos los recursos aunque con la diferente intensidad señalada) o cuál debe ser su principal cometido, no tiene una respuesta unívoca sino que depende de elementos necesariamente coyunturales por su propia esencia; a diferentes factores que van a determinar en qué consiste el cometido de “los últimos” que se dedican, fundamentalmente, a revisar la aplicación de los diferentes preceptos que configuran el ordenamiento jurídico resultante de los diversos planos del sistema de fuentes al caso concreto. A grandes rasgos, y simplificando, pueden distinguirse elementos políticos, según el modelo que ha adoptado el Estado; el equilibrio entre los poderes en los que aquel se encarna y más concretamente el rol que desempeña el encargado del ejercicio de la potestad jurisdiccional, atendiendo además a la naturaleza y composición sobre todo del poder judicial; filosóficos, el propio concepto del derecho, de la norma, en qué consiste esta y lo que supone su interpretación o aplicación al supuesto concreto; económicos, es decir los medios con los que cuenta el Estado para instaurar el último tribunal y la amplitud con la que se permite su actuación revisora, y aquellos de carácter más técnico que se refieren, principalmente, a la organización del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y a los rasgos identitarios del derecho sustantivo que se somete al tribunal: los que atañen tanto a la perspectiva objetiva como subjetiva del mismo.

En función de todos elementos opera la libertad del legislador para configurar un derecho de desarrollo legal, con las limitaciones del plano constitucional e incluso jurídico-técnicas a las que ya nos hemos referido, teniendo también en cuenta las coordenadas que le proporciona la tradición o el devenir del recurso. De ahí que los medios de impugnación, y más especialmente la casación, presenten, como se hizo notar, un marcado carácter idiosincrático en cada país.

Por otra parte, y dentro de los factores jurídico técnicos, la propia posición del TS al controlar la aplicación del plano de legalidad tampoco tiene por qué ser homogénea en todos los órdenes jurisdiccionales, por cuanto estos, a su vez, dependen, en función del sistema de fuentes, de la diferente configuración de cada parcela del derecho sustantivo que se tutela a través de los mismos. Así, como se ha hecho notar, la evolución de la casación civil y penal ha presentado diferencias, y en la actualidad no es idéntica la posición del TS en el orden penal o social, donde el Estado ostenta la competencia exclusiva respecto a esa legislación, que en los otros órdenes jurisdiccionales en los que el derecho autonómico también es fuente de derecho sustantivo. Además, como se ha constatado, la propia naturaleza de los derechos fundamentales procesales comporta una mayor vigencia de los mismos en cantidad y en extensión en el orden penal que en el resto, provocando un aumento de la revisión de la *quaestio facti.*

## Precisiones sobre el sentido y finalidad de nuestra casación

A partir de las consideraciones realizadas y en lo que atañe a la singularidad de nuestro modelo casacional, tras el análisis realizado en páginas precedentes podemos afirmar:

• Nuestra casación nunca ha estado orientada exclusivamente a la tutela del derecho sustantivo

La casación, civil o penal, en nuestro país jamás ha desdeñado los quebrantamientos de forma. Antes bien al contrario, como se ha podido comprobar, los precedentes más directos de la misma, en concreto la nulidad prevista en la Constitución de Cádiz, únicamente regulaba estos. Y ya en la primera manifestación de la nulidad/casación se encontraban en paridad con la infracción de precepto sustantivo. En consecuencia, los quebrantamientos de forma siempre han formado parte esencial de nuestro recurso extraordinario por excelencia.

• La función nomofíláctica no solo acontece respecto del derecho sustantivo

A estas alturas resulta indudable que la función nomofiláctica, la depuración de la norma a través de la intelección de lo que se entiende en un momento como la interpretación más adecuada de la misma, acontece respecto de cualquier precepto, con independencia de la naturaleza procesal o sustantiva que ostente.

Por ello, los preceptos procesales también están sometidos a nomofilaxis.

El dilema, pues, estriba en si la casación, *rectius* el TS, debe ocuparse de la misma.

• La subordinación de los quebrantamientos de forma a la hora de diseñar la casación

Es más, si, como se va a demostrar, la nomofilaxis del derecho procesal resulta obligatoria por parte del último Tribunal, con independencia del nombre que ostente el medio de impugnación, no es menos cierto que esta se subordina naturalmente en la casación a la del derecho sustantivo.

Efectivamente, incluso en el recurso extraordinario el derecho formal sigue gozando de naturaleza instrumental respecto del derecho material. Principalmente porque el ámbito natural de la casación se dibuja atendiendo a este. Resulta indudable que, a la hora de determinar los asuntos de los que debe conocer el Alto Tribunal, ello se hace fundamentalmente atendiendo a la “trascendencia” de los mismos en función del derecho sustantivo. Los quebrantamientos de forma *per se ipsos* no se toman en consideración, incluso aunque se trate de derechos fundamentales procesales, aunque siempre exista alguna excepción como sucede en lo penal con los autos del art. 848 LECrim relativos a la falta de jurisdicción o competencia, debidamente entendidos según el art. 846 Ter LECrim (es decir, se tratará de sentencias). Aunque el panorama actual sufre un notable vuelto con la previsión del ALMEP, que, como se hizo notar, prevé admitir la posibilidad de fundar el interés casacional en el caso de las normas procesales, mientras que, según se vio, en el ALECRIM, art. 745.3.b), se mantiene como una auténtica excepción reducida a la hipótesis de ausencia de doctrina jurisprudencial.

El carácter subordinado de la tutela procesal se refuerza al reparar en que la nomofilaxis del derecho procesal se produce indiferentemente del objeto que se somete al tribunal, por cuanto los preceptos procesales se aplican, habitualmente, con independencia de este.

• Únicamente cabe afirmar que la casación debe centrarse en la nomofilaxis del derecho sustantivo si se atiende al modelo francés revolucionario que jamás se ha implantado en España

Sostener que el cometido de la casación debe reorientarse hacia el sentido originario de la misma, hacia la tutela del derecho sustantivo, solo puede hacerse si se tiene en mente la casación francesa, y aun así cabe matizar:

- Incluso así, como se señaló, se ha llegado a afirmar que la casación francesa también contemplaba los quebrantamientos de forma

- Ya se ha explicado suficientemente que, a pesar de la utilidad y necesidad de esta distinción entre quebrantamientos de forma y las infracciones de precepto sustantivo, existe tal conexión entre los quebrantamientos de forma *in iudicando* en el sentido más estricto, *supra*, y las infracciones de preceptos sustantivos, que históricamente se ha llegado a reputar aquellos como una manifestación de estas. Es más, ya se ha señalado que incluso auspiciamos que en la nueva modalidad de la casación penal, el razonamiento o fundamentación ilógica que sostiene la aplicación de la ley sustantiva, (quebrantamiento de forma *in iudicando*, art. 24.1 CE) sea considerado como una infracción de ley, algo que, según se vio, acontece en la casación civil.

## Los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales procesales están en el epicentro del futuro de la casación

* La radical alteración del marco jurídico en el que se diseñó la casación

El hecho de que, a pesar de los muy diferentes factores sobre los que opera el legislador al diseñar el recurso de casación, en especial los de naturaleza técnica, haya existido un marco jurídico relativamente homogéneo desde que se implantó la primera modalidad de la casación, prácticamente en el primer tercio del XIX, ha sido el factor decisivo para mantener también la uniformidad del recurso extraordinario durante tanto tiempo.

Efectivamente, un sistema de fuentes relativamente simple, con un solo ámbito, el estatal, con un exclusivo plano (el de legalidad junto al infralegal) y un único tribunal que tenía la última palabra respecto la totalidad del ordenamiento jurídico, han provocado que la columna vertebral de la casación haya permanecido indemne hasta el último cuarto del siglo XX. No ha resultado necesario, consiguientemente, remodelar las opciones iniciales del legislador al configurar el recurso extraordinario durante casi siglo y medio. Y todo ello porque el TS ha mantenido inalterada su posición en ese marco jurídico, siendo en todo caso el último tribunal.

Pero, como se ha venido explicando, la alteración del sistema de fuentes que supone la CE comporta una profunda modificación del ordenamiento jurídico y de la posición del TS. Por un lado, la nueva organización territorial del Estado comporta una producción normativa que en ocasiones solo se extiende a una parcela del mismo, salvo en aquellos casos, ya reseñados, como lo penal o lo social, en los que el Estado conserva la competencia exclusiva (a tenor del bloque de constitucionalidad, art. 149.1.17ª CE), de suerte que unos nuevos tribunales, los TTSSJJ ocupan la misma posición que la del TS respecto de aquella. Y a través de la casación, como en lo civil, art. 73.1.a) LOPJ, o c-a, art. 86.3 LJCA, llevan cabo idéntica función que aquel.

Mas, por otro lado, resulta aún más decisivo la aparición de otros tribunales que ostentan una “competencia compartida” con el TS, y que pueden conocer de un asunto una vez que este ya lo ha hecho. Es entonces cuando sí que muda la posición del Alto Tribunal y, consiguientemente, el valor de sus resoluciones también se resiente en lo que atañe a la eficacia material indirecta y la procesal respecto de otras situaciones jurídicas análogas a las enjuiciadas. Necesariamente en esos casos, la estabilidad y seguridad jurídica que proporciona un pronunciamiento del TS mengua, en cuanto su contenido puede ser revocado por otra instancia nacional o supranacional.

* La posición del TS ha mudado especialmente respecto de los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales procesales

Y es en este ámbito donde los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales ocupan un papel estelar al diseñar el futuro de la casación. Ya se ha explicado que el otro gran motivo para interponer un recurso, las infracciones de preceptos sustantivos, no concita el mismo problema, por cuanto aunque el TC puede revisar el carácter lógico (cuando se trata de un fallo radical o sustancialmente ilógico en su fundamentación salvo en el caso de la presunción de inocencia en el orden penal) de la intelección de la norma que ha efectuado el TS, art. 24.1 CE, o bien el Tribunal de Justicia de la UE está habilitado para conocer de aquellos asuntos en los que el derecho nacional aborda competencias compartidas con la UE, lo cierto es que se trata, por ahora, de supuestos excepcionales. Puede decirse, consiguientemente, que, en la práctica, la posición del TS respecto de la producción normativa sustantiva interna no ha sufrido una mutación radical en una extensión equiparable a la procesal. Sobre todo si, como, se ha señalado, en el caso del derecho penal no existe producción normativa de las CCAA.

Pero, como, no se ha dejado de indicar, todo cambia cuando se trata de los quebrantamientos de forma (con trascendencia) y los derechos fundamentales procesales. En efecto, a tenor de la casi absoluta permeabilidad entre ambos planos, resulta que la jurisdicción del TC se extiende de forma consustancial sobre ellos a través del amparo, art. 53.2 CE. Y además existe, aunque en menor intensidad, la posibilidad de que las instancias supranacionales conozcan de los mismos. De esta suerte, la posición del TS, y la eficacia de sus pronunciamientos en el sentido señalado, se ha visto radicalmente alterada respecto de uno de los dos motivos tradicionales de la casación.

Consiguientemente, el futuro próximo de la casación, como se ha podido comprobar en lo civil en 2000 y en lo penal en 2015, pasa por resolver el “dilema” de los derechos fundamentales procesales/quebrantamientos de forma (con trascendencia).

* Las diferentes perspectivas con las que se ha encarado la reforma de la casación en lo civil y penal

Lo cierto es que ante semejante encrucijada, la perspectiva del proceso civil y la del penal han sido radicalmente opuestas.

En lo civil, el legislador prefirió arrostrar directamente el problema mediante una “reflexión acerca de lo que es razonable y posible que desempeñen los referidos recursos y el órgano u órganos que ocupan la posición o posiciones supremas en la organización jurisdiccional”[[389]](#footnote-389). De un lado, como se sabe, seleccionó los asuntos que debían acceder al TS (implantando así el concepto de interés casacional para una parte de ellos). Y de otro, y esto es lo que realmente interesa, procedió a la “solución final”, es decir, al exterminó de los derechos fundamentales procesales y los quebrantamientos de forma en la casación; estos quedarían encomendados a los TTSSJJ a través del recurso extraordinario por infracción procesal. Únicamente aquellas excepcionalísimas cuestiones procesales sin trascendencia constitucional tendrían acceso al TS a través del instituto que se presenta como el recurso en interés de ley, apartado XV Expo. de motivos. De todos resulta conocido que al final fracasaron las previsiones del legislador y el TS, la Sala de lo Civil, sigue conociendo de este último recurso, por lo que, *de facto*, el intento de demediar la casación no fructificó. Por eso, a lo largo de este trabajo asumimos que la casación civil y el recurso extraordinario por infracción procesal siguen ostentando una unidad conceptual, a pesar de las peculiaridades procedimentales que existen entre ellos (porque no se ha alterado la posición del TS respecto de los quebrantamientos de forma). Una realidad reforzada por la pretensión, ya explicada, de volver a refundirlos, ALMEP 2020. Mas en cualquier caso, lo importante es el planteamiento que hace el legislador, quien indica que “se ha considerado más conforme con las necesidades sociales, con el conjunto de los institutos jurídicos de nuestro Ordenamiento y con el origen mismo del instituto casacional, que una razonable configuración de la carga competencial del Tribunal Supremo se lleve a cabo concentrando su actividad en lo sustantivo.” Nótese que el argumento de fuerza empleado por el TS en el orden penal, el origen de la casación, aparece simplemente como refuerzo y en tercera línea, tras las necesidades sociales y la configuración actual de nuestro ordenamiento. Y enseguida, vuelve a justificar el abandono de la mayoría de las cuestiones procesales en que “Hay, pues, según nuestra norma fundamental, una instancia única y suprema de interpretación normativa en muchas materias procesales.” Aclarando, prácticamente a renglón seguido, que “Por otro lado, con este régimen de recursos extraordinarios, se reducen considerablemente las posibilidades de fricción o choque entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Este deslindamiento no es un principio inspirador del sistema de recursos extraordinarios, pero sí es un criterio en absoluto desdeñable, con un efecto beneficioso.”[[390]](#footnote-390)

Como se sabe, la única excepción a todo este planteamiento lo constituían los derechos fundamentales sustantivos, que tienen el acceso directo a la casación a través del interés casacional, y que permiten que, tras el TS, se acceda al TC a través el amparo. Y como justificación el legislador aduce varios argumentos, aunque el decisivo es el primero de todos: la escasa carga de trabajo que suponen estos procesos (y, consiguientemente, aunque no se explicite, la difícil posibilidad de conflicto con el TC)[[391]](#footnote-391). Paradójicamente, como se señaló, el supuesto que tensó la relación entre ambos tribunales hasta el extremo, y que desembocaría en la condena de la Sala Primera a los magistrados del TC y el postrero Acuerdo de estos que proclamaba la invasión de competencias, ya mencionado, tuvo su origen en un proceso atinente al art. 18 CE[[392]](#footnote-392). Y en el ámbito penal cabe recordar simplemente la disputa en torno al concepto de la prescripción.

Lo más destacable de los planes, nunca consumados, del legislador civil es el adecuado enfoque del problema de los recursos extraordinarios: según las necesidades actuales, la actual posición del TS en el ordenamiento jurídico a tenor del actual sistema de fuentes y, según este, los ámbitos compartidos con el TC, se diseña la nueva estructura de aquellos. Otra cosa es que la solución planteada nos parezca acertada e, incluso, en alguno de sus aspectos, *infra,* constitucionalmente viable.

Frente a ello, como se explicado suficientemente, en el caso de la casación penal tanto el legislador como la jurisprudencia del TS y TC, plantean la reforma del instituto como una suerte de operación para recuperar la esencia perdida de la misma a resultas de la CE y los derechos fundamentales procesales, aunque, como se ha podido constatar, en la jurisprudencia de la Sala Segunda no dejen de aparecer acertadas menciones autónomas (sin necesidad de referirse a la presunta esencia originaria perdida) a la diferente posición del TS según se trate del plano de legalidad o constitucionalidad y lo que ello entraña respecto al diferente valor de sus resoluciones en uno y otro caso, que abocarían a la preconizada casación “sustantiva”.

## Las diferentes opciones del tratamiento de los quebrantamientos de forma y los derechos fundamentales procesales en la casación

El dilema esencial estriba en cuál es la clase de tutela que debe darse a los derechos fundamentales procesales en el recurso extraordinario.

Constatado que el futuro de la casación, y en especial la penal, pasa por el de los quebrantamientos de forma (con trascendencia)/derechos fundamentales procesales, porque en torno a ellos se produce la mutación más radical de la posición del TS y además suponen la mayor carga de trabajo del Alto Tribunal, las alternativas a la situación actual son dos.

* La “solución final”

Consiste en la exclusión absoluta de los derechos fundamentales procesales de la casación. Esa fue la apuesta del autor de la LEC y es lo que acontece con las diferentes submodalidades de la casación penal, la que se ha implantado para los delitos de menor entidad y las que existen extramuros de la LECrim (menores y régimen penitenciario).

Es la casación sustantiva, como se ha visto que ha proclamado en ocasiones el TS, la Sala Segunda.

De esta manera, se reubica al TS respecto de aquello que le resta, los preceptos sustantivos, en la misma posición que existía antes de la CE, con las excepciones señaladas. Aparentemente, se lograría una redistribución satisfactoria de competencias entre el TC (lo procesal-constitucional) y el TS (plano sustantivo).

* Inconvenientes de la “solución final”

Ahora bien, comporta una serie de inconvenientes decisivos:

Ya se ha señalado que no existe duda de que se necesita la nomofilaxis de los preceptos procesales. Resulta imprescindible una exégesis autorizada de los mismos que también unifique los diferentes criterios de los tribunales para afianzar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, arts. 9.3 y 14 CE. E indudablemente, solo puede llevarse a cabo por un tribunal que se encuentre en una posición similar a la del TS, en la cúspide, al que además le compete la interpretación del plano de constitucionalidad: el TC.

Es decir, la “solución final” conlleva, al fin y a la postre, dejar en manos del TC la interpretación de la LEC y la LECrim. Ciertamente, la superposición, casi absoluta cuando se trata de los recursos, entre el plano de legalidad y el de constitucionalidad si son preceptos procesales, provoca, *de facto,*  el surgimiento de un enorme bloque de constitucionalidad artificial que tendrá acceso al TC a través del art. 24 CE. Por eso, en favor de la opción que nos ocupa se puede aducir que como, de hecho, los derechos fundamentales procesales acaban ante el TC, es el quien tiene siempre la última palabra, y consiguientemente, en sus manos está ya la intelección final de la LEC y la LECrim. Precisamente por ello, con la “solución final” solo se suprime al TS como eslabón intermedio, a la par que se le descarga de trabajo.

Sin embargo, cuando se razona así, se obvia la realidad de lo que sucede: el TS no es una parada intermedia en el camino hacia la meta. Es el quien *de facto* tiene la primera y trascendental palabra cuando analiza, a través del prisma del art. 24 CE, a la normativa procesal. En la práctica es el quien realiza la intelección decisiva del plano procesal y del art. 24 CE. De *facto*, en la actualidad, una vez asentada la influencia del art. 24 CE, el TC realmente solo constata, cuando el asunto accede a el, la razonabilidad del discurso del TS. Cuanto más compleja suele ser la cuestión procesal es muy difícil que el TC desdiga a un tribunal integrado por los auténticos especialistas, sobre todo en atención a la composición del TC (lastrado por la ausencia en su composición de un procesalista desde hace varios lustros). Buena prueba de ello es, por ejemplo, la jurisprudencia del TS sobre el principio acusatorio que ha llevado al TC a un *overruling* de las propias tesis. Solo en aquellos supuestos en los que la jurisprudencia, no especialmente técnica, del TEDH ha obligado a replantear algún aspecto, como la presencia del acusado y la necesidad de volver a practicar toda la prueba personal si se va a alterar la redacción del complejo fáctico para empeorar la situación del absuelto o del condenado, puede hablarse de un intento de corrección de las tesis del TS por el TC. Una realidad reforzada por el retraimiento del ámbito del amparo desde la reforma de 2007 de la LOTC a tenor de la exigencia de trascendencia constitucional.

Aunque resulte obvio, conviene insistir en que las consecuencias prácticas de la “solución final” consistirían en que el TC se encargaría de decidir, al margen de aquellos supuestos en los que está involucrado directamente un derecho fundamental sustantivo, acerca de las diligencias sumariales practicadas fuera de plazo, de la declaración de complejidad de una causa, art. 324 LECrim, de la debida intelección de los delitos conexos, art. 17 LECrim, de la denegación de diligencias complementarias, arts. 627 y 780 LECrim, de la posibilidad de reabrir la investigación cuando aparecen nuevos indicios, arts. 637 y 779.1.1 LECrim, del valor y alcance de la dispensa, art. 416 LECrim, de la suspensión del juicio ante la ausencia de un testigo, art. 746.3º LECrim, de la posibilidad de condenar por un delito de menor gravedad pero heterogéneo… Y en todos estos supuestos el TS permanecería mudo.

Precisamente, ya se ha apuntado que esto es lo que ha sucedido en el ámbito del proceso de menores, que está sustraído al conocimiento del TS en todo lo que atañe al ámbito procesal del mismo, de suerte que carecemos de doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal acerca de cuestiones decisivas respecto del único proceso en el que, por tratarse de un modelo acusatorio puro, investiga el MF. Y la experiencia, la dejación de la materia procesal directamente en manos del TC, ha provocado algún conocido sobresalto.

En definitiva, puede que el verdadero alcance práctico de la “solución final” quedara encubierto en el orden civil, pero en el penal, a tenor de la trascendencia del juego del art. 24 CE, en cantidad, extensión e intensidad, conduce inexorablemente al panorama descrito.

Además, el orden penal presenta otro gran obstáculo a esta opción: mediante ella tampoco se salva la posición del TS; no se rescata su ubicación en la cúspide de la intelección del ordenamiento jurídico, ni siquiera en el ámbito sustantivo, pues, como se ha hecho notar, los derechos fundamentales de esta naturaleza que pueden acceder al amparo no tienen parangón con el orden civil (no nos referimos solo a aquellos se procesalizan en el ámbito de la investigación, *supra*), ya que en muchas ocasiones cabe impetrar la tutela del TC aduciendo que ha sido la aplicación del derecho penal, la pura subsunción, la que ha lesionado el art. 17 CE o el art. 25 CE. Y en el mismo sentido, la víctima o la persona jurídica titular de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, podría alegar en multitud de hipótesis que se están tutelando sus derechos fundamentales sustantivos como la integridad física o psíquica, art. 15 CE, la libertad deambulatoria, art. 17 CE, el honor, la intimidad, el secreto a las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, art. 18 CE. Precisamente, por eso, no existe una modalidad procesal penal para la tutela de los derechos fundamentales sustantivos.

* El problema de la constitucionalidad de la “solución final”

La “solución final” no presenta únicamente los inconvenientes señalados, sino también un doble problema de constitucionalidad.

Por un lado, la “solución final” supone una redistribución de roles difícilmente compatible con la CE: excluir al TS del conocimiento de (casi) toda la legalidad procesal con la excusa de que esta ha ascendido a una suerte de categoría de bloque de constitucionaldiad, parangonable al previsto en el art. 28.1 LOTC , y dejar en manos del TC la intelección del mismo a través del art. 24 CE, nos parece una mutación de papeles entre esos órganos jurisdiccionales difícilmente compatible con lo dispuesto en los arts. 53.2, 123 y 161.1.b) CE y 1, 2.1.b), 44 LOTC. A tenor de cómo se configura nuestro ordenamiento jurídico y la tutela del mismo que lleva a cabo el poder judicial, y, en consecuencia, del diseño constitucional del cometido de ambos tribunales, debe existir un último órgano dentro de la jurisdicción ordinaria a cargo de la nomofilaxis del plano de legalidad (lo que también incluye necesariamente a los preceptos procesales), que asimismo comporta la unificación de la jurisprudencia. Y, evidentemente, ello no lo pueden cumplir los TTSSJJ por su ubicación en el poder judicial, por la parcelación territorial de su competencia funcional, art. 152.1 CE. Este es el recto entendimiento de la subsidiariedad del amparo: no puede encomendarse directamente al TC la nomofilaxis del plano de legalidad procesal si existe un tribunal ordinario cuyo cometido consiste precisamente en fijar cuál debe ser la debida intelección de aquel plano, por eso cuando un asunto está encomendado de forma natural a la competencia funcional del TS (lo que se determina desde el plano del derecho sustantivo), debe ser este quien tutele también el plano procesal. Ello no impide, sin embargo, la existencia de submodalidades de la casación respecto de aquellas cuestiones que de por sí (desde la óptica sustantiva) no accederían al TS, en las que, para unificar o crear doctrina sustantiva, solo se consienta la tutela de ese ámbito del ordenamiento. O bien, como se va a propugnar, por la propia naturaleza de las normas procesales, supeditar el acceso a casación en caso de su quebranto a requisitos más estrictos que cuando trata de las normas sustantivas.

### La posibilidad del examen de oficio de la lesión de los derechos fundamentales procesales

Por otra parte, existe el problema de la constitucionalidad de la exclusión del Alto Tribunal del conocimiento de la lesión de los derechos fundamentales procesales. No nos referimos a la prohibición a las partes de alegar en el recurso extraordinario el quebranto de los mismos en ciertas modalidades casacionales. A estos efectos ya se ha proclamado suficientemente que el legislador goza del albedrío suficiente, en cuanto que derecho de desarrollo legal, para configurar a la casación con el ámbito que desee, con el límite que se acaba de señalar: siempre que no impida la nomofilaxis de la legalidad procesal y que los derechos fundamentales procesales hayan podido ser amparados en un recurso previo.

Sin embargo, las sombras que se ciernen sobre la constitucionalidad de la “solución final” estriban en la prohibición de que el TS, al margen de lo alegado por las partes, pueda, de oficio, conocer de la lesión del art. 24 CE. Como resulta conocido, esta interdicción no resulta de los motivos de la casación en los diferentes órdenes jurisdiccionales, sino de las previsiones generales de las nulidades procesales en la LEC y LOPJ, arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC. Según dichos preceptos solo le es dado a un tribunal, en el ámbito de los recursos, conocer de oficio de las cuestiones atinentes a la jurisdicción y competencia, además de la violencia o intimidación[[393]](#footnote-393).

Esas disposiciones suponen un quebranto de la intelección de la naturaleza de los preceptos procesales y lo que ello supone; se trata de disposiciones de derecho público (en cuanto que atinentes, organización y funcionamiento, a un poder público y al ejercicio de derechos e intereses de esa clase), de titularidad estatal, cuya vigilancia está encomendada a los tribunales (integran las facultades de dirección formal) y respecto de las cuales la voluntad de los contendientes no tiene trascendencia. Por eso son preceptos imperativos o de *ius cogens* (aunque en ocasiones contemplen a la voluntad de las partes como elemento que decide los efectos que se producen). Asumir esta realidad (sobre todo en el marco de un proceso que tutela el derecho privado, la cuna del derecho adjetivo) ha sido una de las conquistas del derecho procesal, en especial desde mediados del siglo pasado en nuestro país. Y de ahí que, a pesar de los esfuerzos del legislador cuando remeda al derecho administrativo y de parte de la dogmática, las categorías, de la teoría general, de la nulidad absoluta y anulabilidad, no tengan apenas predicamento práctico en el derecho procesal, por cuanto la última, tradicionalmente, supone que depende de las partes la tutela de los vicios en que se ha incurrido, algo que, por lo expuesto, no acontece en el derecho rituario. A esos efectos la entrada en escena del art. 24 CE no hace sino reforzar el panorama descrito: la regla general es que los derechos fundamentales procesales son indisponibles (aunque exista alguna excepción), por cuanto además de derechos subjetivos públicos también ostentan la condición de garantías objetivas básicas de un Estado de derecho, necesarias para impartir justicia. Este panorama se ve sacudido cuando en 2000 el legislador, art. 227.2 LEC, como se ha señalado, prohíbe a los tribunales apreciar de oficio las infracciones procesales con la excepción indicada. De esta suerte se produce una alteración de la naturaleza de las cosas: lo indisponible, a tenor de las circunstancias explicadas, en primera instancia se torna en disponible en los recursos. Así, de la misma manera que, en lo que atañe a las normas procesales, en el ejercicio de la competencia objetiva solo existe la nulidad absoluta, cuando se trata del ámbito de la competencia funcional únicamente hay anulabilidad. Ni que decir tiene que esta singular suerte de alquimia mágica en la naturaleza de no ya una institución jurídica sino de toda una rama del ordenamiento, al saltar de instancia, no tiene parangón en todo el derecho. El ordenamiento procesal de primera instancia pasa, con eficacia retroactiva, de un grado a otro, de estar constituido por normas imperativas a normas dispositivas. Puede sorprender que acerca de cuestión tan trascendental la Expo de Motiv. de la LEC guarde un inusitado silencio. Mas la razón se encuentra en que la previsión que comentamos es el fruto de un cambio de última hora; es un esfuerzo desesperado para salvar el modelo de casación que se pretendía implantar, una vez que advertimos, a un distinguido procesalista con un papel relevante en la gestación de la LEC, que aunque las partes no pudieran alegar quebrantos procesales en el recurso extraordinario, la casación exclusivamente sustantiva diseñada, el TS siempre podría apreciar de oficio las infracciones de esa clase a tenor de su naturaleza (por lo que la casación no se limitaría al plano sustantivo). Así, paradójicamente, el salvavidas de urgencia previsto para una institución que finalmente acabó por naufragar, se ha incorporado acríticamente a todo el sistema procesal. Mas el problema que concierne a esta opción no es su lógica interna, que más que responder a la discrecionalidad del legislador está en colindancia, por lo indicado, con la arbitrariedad. Al fin y al cabo, podría argumentarse que el Estado puede disponer de la tutela de unos preceptos cuya titularidad ostenta como entienda más conveniente, a mayor abundamiento cuando se trata de un ámbito, el recurso, donde su voluntad vuelve a ser decisiva. Y todo ello a pesar de que, como se señaló, resulte que la tutela de las normas procesales y la posición de los tribunales en los recursos quede completamente desdibujada hasta el ridículo con respecto a la de los preceptos administrativos y las facultades de los órganos administrativos en los medios de impugnación de esa clase. El verdadero inconveniente comienza al reflexionar sobre la naturaleza de los derechos fundamentales procesales y el rol que está constitucionalmente llamado a desempeñar el poder judicial en su tutela.

Efectivamente, al margen de las disonancias, el problema acontece con la entrada en escena de los derechos fundamentales procesales. Como se ha indicado, es posible que el legislador decida impedir la alegación a las partes del quebranto del art. 24 CE, siempre que la naturaleza del recurso así lo justifique (si se trata de una submodalidad del recurso extraordinario o siendo la modalidad ordinaria se arbitre otra vía, recurso extraordinario, alternativa). Mas, la cuestión es, ¿resulta constitucionalmente admisible, *e.g.*, prohibir al órgano *ad quem* que si constata por sí mismo el quebranto del derecho al juez imparcial o la presunción de inocencia (*i.e.,*que se ha condenado a un inocente), la indebida celebración del juicio en ausencia del acusado, derecho de defensa…, que pueda así proclamarlo y proceder en consecuencia? Convendría repensar lo que significa la aplicación directa de los preceptos constitucionales atinentes a los derechos fundamentales y la vinculación de los poderes públicos a los mismos, arts. 53.1 CE y 5.1 LOPJ. Recuérdese además que no se trata de que en el medio de impugnación el legislador haya decidido, expresamente, y en el ámbito extraordinario señalado, excluir la tutela de los derechos fundamentales en la actividad desplegada en la instancia. Sino que, por el contrario, sigue vigente la aplicación directa de esos preceptos constitucionales, mas supeditada a la alegación de la parte. Pues bien, esto es lo que reputamos inconstitucional: el legislador no puede mudar la naturaleza de los preceptos constitucionales y lo que ello comporta en ese plano. Los particulares no pueden mediatizar la aplicación y la vinculación directa a la CE (al núcleo duro de la misma) de los Poderes públicos. ¿Alguien es capaz de imaginar, *e.g.,* que en el ámbito administrativo dependiese del recurrente la apreciación de una condición de acceso a la función pública que atentase contra el principio de igualdad ante la ley, art. 23.2 CE, por ejemplo que el 75% de las plazas fuese para los hombres?

Como se ha señalado, la voluntad de las partes en el juego de los derechos fundamentales procesales, en la aplicación y tutela de los mismos, está constreñida al ámbito constitucionalmente previsto en el propio art. 24 CE. Por eso, aquellos son habitualmente indisponibles. Únicamente si el propio derecho fundamental procesal contempla a la voluntad como elemento configurador de su juego (cuando la esencia de aquel es una facultad, como el derecho a no declarar o a practicar las pruebas pertinentes, las diversas manifestaciones del principio de audiencia) o si excepcionalmente se entiende que puede delimitar algún ámbito de su contenido (la asistencia de letrado en asuntos de escasa entidad, la celebración de juicio en ausencia del acusado) aquella entra en escena en ese marco restringido. Por eso, ni siquiera en las hipótesis más extremas en las que pueda pensarse, como en la conformidad, la voluntad de las partes puede excluir la tutela del derecho fundamental procesal si ha sido lesionado. Así, efectivamente, al conformarse el acusado evita el juego la presunción de inocencia (se le condena sin verdadera actividad probatoria), mas no puede impedir la tutela preventiva de la misma por el tribunal: este no puede aceptar una conformidad sin indicios suficientes de la culpabilidad o cuando estos se han obtenido mediante la lesión de derechos fundamentales.

En consecuencia, cuando un tribunal se enfrenta al posible quebranto de una de las garantías objetivas procesales constitucionalizada no puede dejar de tutelarla de oficio. Incluso cuando el legislador impide la alegación *ex parte* de las infracciones procesales. De esta manera el derecho al recurso como un derecho de desarrollo legal permite desactivar al legislador la posibilidad de que los justiciables susciten la tutela del art. 24 CE en un recurso extraordinario, pero nunca puede impedir el juego de la eficacia directa del mismo respecto del órgano jurisdiccional. Consiguientemente, nunca puede quedar supeditada su tutela a la alegación de parte, porque ello supone desvirtuar la naturaleza constitucional de los derechos/garantías contemplados en el art. 24 CE y el legislador carece de atribuciones para ello. Por eso resulta imposible que junto al objeto principal, el atinente a la cuestión de fondo, los contendientes al recurrir añadan un objeto procesal cuyo contenido serían las infracciones procesales que ellos alegan, y vinculen al tribunal al mismo. Si así fuera, estarían expandiendo el contenido del derecho al juez imparcial en los recursos: el tribunal infringiría dicho derecho fundamental si apreciase de oficio una infracción procesal no alegada (se habría salido del objeto procesal planteado) y además la exigencia de congruencia, tutela judicial efectiva, también ampliaría de forma imposible su ámbito en los medios de impugnación.

A tenor de lo explicado, por la irrelevancia de la voluntad de las partes en la tutela de las garantías procesales objetivas, tampoco puede entenderse que la falta de impetración de su tutela en los recursos suponga una renuncia a las mismas. La voluntad de las partes al configurar el objeto del recurso tiene como ámbito natural y exclusivo el objeto principal cuya titularidad ostentan (siempre por el juego del derecho al juez imparcial y en ocasiones, porque también son titulares del derecho subjetivo o interés legítimo privado en liza). Mas una vez que se abre la competencia funcional del tribunal *ad quem,* el art. 24 CE entra en escena al margen de la voluntad de las partes, no solo en lo que atañe al propio contenido de las actuaciones del nuevo grado, sino también respecto de lo acontecido previamente (a excepción de que el legislador haya excluido absolutamente –alegación de parte y control del tribunal- esta última cuestión).

Precisamente resulta significativo que en el ámbito del arbitraje, sustraído al amparo, donde la voluntad de las partes resulta capital, esté extendido el concepto de orden público procesal, que además de los derechos fundamentales engloba aquellos otros principios [[394]](#footnote-394)procesales derivados de la CE, y que por ende, son apreciables de oficio, art. 41.1.f) LA. Por eso no puede sorprender que la Sala Segunda en alguna resolución muy reciente haya apreciado de oficio la existencia de una infracción procesal, aludiendo, entre otros factores, a que se trata de una cuestión de orden público, la legalidad, así como la existencia de un derecho fundamental[[395]](#footnote-395) y la fuerza expansiva de estos[[396]](#footnote-396).

Ya se ha explicado además, la otra consecuencia indeseable de haber condicionado la estimación de los presupuestos procesales a la alegación de las partes, y que consiste, a través de una indebida intelección de la expresión no “podrá decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso”, art. 227.2 LEC, en la idea equivocada de que en los recursos, el tratamiento procesal del vicio alegado también queda a merced de la voluntad de aquellas[[397]](#footnote-397). De esta manera, dependería de la parte la alegación de la infracción y además la consecuencia de la apreciación de la misma. Sin embargo, es algo imposible bajo cualquier punto de vista, como se ha explicado; son la propia naturaleza del vicio estimado así como las facultades de revisión que ostenta el órgano *ad quem,* las que condicionan el oportuno tratamiento procesal del mismo, sin que la voluntad de la parte tenga trascendencia alguna. Esto es, la voluntad de la parte no tiene nada que decir a lo que supone estimar en apelación o en casación, la falta de jurisdicción o competencia, la denegación indebida de un medio de prueba, la fundamentación ilógica, la lesión de la presunción de inocencia, el derecho al juez imparcial…

## El análisis más restringido de los quebrantamientos de forma/derechos fundamentales procesales en casación

Descartada la exclusión absoluta de los quebrantamientos de forma, y en atención a la carga de trabajo que puede soportar el TS, parece lógico que el centro de gravedad a partir de cual se diseñe la competencia del Alto Tribunal en la casación sea el derecho sustantivo (en función de criterios objetivos o de interés casacional, ALECRIM, o de la mezcla de ambos en cierta paridad, LEC, o bien prevaleciendo los primeros LECrim, o gravitando sobre el interés casacional, ALMEP). La causa fundamental estriba en primer lugar en la naturaleza instrumental ya explicada del derecho rituario. Además el derecho procesal ostenta el carácter de transversalidad: la regla habitual es que los mismos preceptos se apliquen en los diferentes procesos. A lo que hay que añadir la posibilidad de que el TS conozca de oficio la lesión de los derechos fundamentales procesales en todo caso. Por ello, aun centrando a la casación en el derecho sustantivo no se impide la existencia de doctrina jurisprudencial sobre prácticamente la totalidad de aquel. Por todos estos factores hasta el momento presente la casación se ha centrado en el elemento sustantivo (trascendencia de la cuestión en ese plano), para permitir el acceso al Alto Tribunal. Una tendencia reforzada por el hecho de que a tenor de la actual configuración del sistema de fuentes, la supremacía y exclusividad del TS se centre fundamentalmente en el mismo y no en el procesal.

Este criterio general está sometido a dos factores correctores atinentes al derecho sustantivo y al procesal respectivamente:

Por un lado, en lo penal, dada la naturaleza de los intereses en juego y la consiguiente intensidad con la que juegan los principios constitucionales y derechos fundamentales sustantivos y procesales en liza, arts. 9.3, 14 y 24.1 CE, debería existir doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal sobre todas las cuestiones sustantivas. Aunque, también es lógico estipular un criterio corrector para consentir que cuando se trata de asuntos de menor trascendencia, la admisión del recurso extraordinario resulte más exigente. Como sucede en la actualidad con la nueva modalidad casacional que exige el interés de esa clase. Precisamente por ello carece de lógica excluir los delitos leves del TS, como sucede actualmente y como mantiene el ALECRIM (que resulta especialmente contradictorio si se parte, como hace el pre legislador, de la tesis reduccionista).

Por otra parte, y tratándose del derecho procesal en general (no únicamente en el ámbito penal), tampoco cabe minimizar su importancia, teniendo presente además la existencia y trascendencia de los derechos fundamentales procesales. Por ello debería garantizarse la existencia de doctrina jurisprudencial sobre el derecho procesal, como hace con buen criterio el ALECRIM al reconocer la existencia de interés casacional si no existe la misma (aunque incurra en el error de excluir el plano de legalidad).

Por último, y si resulta preciso en atención a la carga de trabajo restringir aún más el acceso a casación, también parece oportuno el recorte de los quebrantamientos de forma cuando se trata de los asuntos de menor trascendencia (siempre que se respete la regla de la posibilidad de que exista doctrina jurisprudencial sobre el plano procesal) y que se excluya la alegación de quebranto procesal en los mismos, como sucede en la nueva modalidad casacional resultante de 2015 o en el ALECRIM.

# BIBLIOGRAFÍA

ACEDO RUICO, J (EL CONDE DE LA CAÑADA), *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales,* Madrid*,* 1794, tomo I

ÁLVAREZ-VALDÉS, F., “La reforma de la casación penal”, *RDPub.*, 1934

AKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, 1982

ANDRES IBÁÑEZ, P., *Los “hechos” en la sentencia penal,* México, 2005

BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Pamplona, 2000

BONET NAVARRO, J., “La revisión del juicio fáctico mediante el recurso de casación penal”, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2140/2073>

CALAMANDREI, P., La casación civil (trad. Sentís Melendo), Tomos I, vol. 1º y 2º, y II, Buenos Aires, 1945. El T. I, vol. 1º está disponible en <https://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/bib_digital/Calamandrei_Casacion_v1.pdf>

CALAMANDREI, P. “Processo e giustizia”, *Riv. Dir. Proc.*, año V, 1950

Circular nº 1/2018 de Fiscalía General del Estado, 1 de Junio de 2018, “Sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal”

Circular 1/20 FGE, “Sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil”

CRUZ VILLALÓN, P., “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 5, Mayo-agosto 1982

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil, (El proceso de declaración)*,Madrid, 2004, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.

DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales,* T. I,Madrid, 1855

DÍAZ CABIALE, J.A., *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Valencia, 2018

DÍAZ CABIALE, J.A., “El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos se enjuician los mismos hechos”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, Nº. 138, 2019

DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia,* 2001, núm. 2

FAIRÉN GUILLÉN, V., La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813), en "Temas del ordenamiento procesal", tomo I, Madrid, 1969

FERNÁNDEZ-BOIXADER, N., *El documento auténtico en el recurso de casación penal,* Madrid, 1973

FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba,* Madrid, 2007

FERRER BELTRÁN, J. *Motivación y valoración de la prueba,* Lima, 2016

FERRER BELTRÁN, J., “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias”, *Actualidad Penal,* Lima,núm. 34, 2017

FERRER BELTRÁN, J., “Los hechos en la casación penal”, *Actualidad Penal,* Junio, 2018

FIORENZA, A.A., *En torno al proceso,* Barcelona, 2019

GARCÍA ENTERRÍA, E., Curso de derecho administrativo I, con RAMÓN FERNÁNDEZ, T., Madrid, 2008

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal,* Valencia 2020, con MARTÍNEZ DÍAZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M., *Tratado Académico-Forense de los procedimientos judiciales*, T. I y II, 1855, reimpresión Westworth 2019

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, V.,Madrid, 1984

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Apelación y casación en el proceso civil,* Madrid, 1994, con GARBERÍ LLOBREGAT, J.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N, “Los fines de la casación en el proceso civil”, *Jueces para la democracia*, Nº 19, 1993

GUASH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el derecho en la casación civil,* Barcelona, 1998

GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Instituciones de derecho procesal,* Granada, 1990

HUALDE LÓPEZ, I., “Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1

JIMÉNEZ FORTEA, F.J., “La casación para la unificación de doctrina laboral: su diferenciación con la casación común”, *Trabajos en recuerdo de ilustres Juristas Valencianos*, ed. Subsecretaría de Justicia de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1999

JULIEN, P., y FRICERO, N., *Droit judiciaire privé*, París, 2003

LASO GAITE, J.F., “Evolución histórica de la casación penal en España”, *Rev. Dcho. Proc.,* 1975

LASO GAITE, J.F., “*Crónica de la codificación civil española”,* 2 Procedimiento civil, Ministerio de Justicia, 1998

LÓPEZ CASTILLO, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley: el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Granada, 2007

LUZÓN CUESTA, J.M., *El recurso de casación penal,* Madrid, 2015

MAZA MARTÍN, J.M., “El recurso de unificación de doctrina en materia penal”, *Los recursos de casación y apelación en el orden penal,* Estudios de Derecho Judicial, 101, CGPJ, Madrid, 2007

MENDES-QUEZADO FERRÁNDEZ, A., “La justicia material en Max Weber”, *Res publica*, Vol. 21(1) 2018

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I,* Valencia, 2019

MORENO PASTOR, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, 1989

MORÓN PALOMINO, M., *La nueva casación civil,* Madrid, 2001

Nuevas Observaciones al Reglamento provisional de Administración de Justicia” Artículo LXVIII, *Boletín de Jurisprudencia y Legislación, Tercera Serie, Vol. III*, imprenta de Pedro Mora y Soler, 1843

MUÑOZ ROJAS, T., “El interés en el proceso civil”, *Temis, Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas,* núm. 10, 1961

NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal,* Barcelona, 2000

NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil,* Barcelona 2003

NIEVA FENOLL, J., “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad (Immediacy and evidence evaluation: the return of the irrational)”, *Civil Procedure Review,* 2017, <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>

ORTELLS RAMOS, M., “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *RDP*, 1977,

PINO ABAD, M., El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia, Madrid-Barcelona, 2006

PINO ABAD, M., “El recurso de injusticia notoria (1700-1868)”, AHDE, tomo LXXX, 2010

PLAZA Y NAVARRO, M., *La casación civil,* Madrid, 1944

ROXIN, C., SCHÜNEMANN, B., *Derecho procesal penal*, 29ª ed., ed. a cargo de AMORETTI, M.F.; ROLÓN., D.N., y TEDESCO, F., ed. Didot, 2019

SÁNCHEZ ARANDA, A., El recurso de segunda suplicación en el derecho castellano, Granada, 2007, <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/1549/16722735.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SÁNCHEZ MELGAR, J., “El recurso de casación por interés casacional”, <https://elderecho.com/el-recurso-de-casacion-por-interes-casacional>

SCHAMA, S., *Ciudadanos (Una crónica de la revolución francesa)*, Barcelona, 2019

SENÉS MOTILLA, C., “El derecho a los recursos jurisdiccionales”*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* Granada, 2013, <http://rajylgr.es/wp-content/uploads/2017/11/carmen-senes-discurso-ingreso-01.pdf>

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del recurso de casación”, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, 1985

SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Navarra, 2011

TARUFFO, M., *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil,* Lima, 2005

VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona, 1979

VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “Rasgos definidores de la Casación civil española”, *RDP*, 1974

VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Madrid, 2003

VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Madrid, 2020

VV.AA, *Histoire de la Cour de Cassation,* <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/histoire-de-la-cour-de-cassation-22450>

YAÑEZ VELASCO, R., *El recurso en el enjuiciamiento criminal español (elementos para una teoría general)*, Barcelona, 2001

1. Consciente de su pérdida de supremacía en lo atinente a los quebrantamientos de forma, el TS venía ya afirmando, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 291/2012 de 26 Abr. 2012, Rec. 1631/2011, ECLI:ES:TS:2012:3027, FD, cuarto, “Ahora bien la función esencial y suprema de unificación de doctrina en la aplicación de las normas penales sustantivas, es de enorme trascendencia para garantizar: 1º) el principio de seguridad jurídica, 2º) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde sean enjuiciados penalmente, y 3º) la unidad del ordenamiento jurídico en la aplicación de la pena, que es el más poderoso instrumento de coerción de que dispone el Estado, y constituye precisamente la misión que corresponde de forma exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo, salvo supuestos excepcionales, que se ejercita de modo específico por la vía del[art 849](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I688')) 1º de la Lecrim”**.** [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo cierto es que, como es notorio, esta perspectiva cuenta con el sólido apoyo del ilustre florentino que estudió con más profundidad el recurso extraordinario, CALAMANDREI, P., *La casación civil*, tomo I, vol. 2º, trad. SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1945, pp. 90 y ss. Los quebrantamientos de forma según el serían una rémora que desvirtúa el sentido de la casación, por cuanto el recurso extraordinario está destinado a corregir las infracciones de ley (sustantiva) que suponen el quebranto (del juez) de la voluntad del legislador, mientras que aquellos son meras infracciones de preceptos jurídicos que se pueden cometer por cualquier funcionario. [↑](#footnote-ref-2)
3. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 588/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2222/2016 ECLI: ES:TS:2017:3041, FD Cuarto, 4, “La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior del orden jurisdiccional penal conforme al cometido que le atribuye el artículo 123 CE, es precisamente la que realiza a través del cauce de la infracción de ley. Ésta permite corregir errores de subsunción y fijar criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y además los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley. Todo ello sin perjuicio de la función unificadora que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, se proyecta sobre el ordenamiento procesal penal.

   En la función de tutela de derechos fundamentales que también le corresponde a este Tribunal de casación con carácter primario, no actúa esta Sala sin embargo como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones (artículos 123 y 161 b CE). Revisión que no se extiende constitucionalmente a la interpretación de la norma penal ordinaria.” [↑](#footnote-ref-3)
4. “la supeditación del recurso por infracción procesal a la previa acreditación del interés casacional por vulneración de una norma sustantiva constituye una dificultad considerable para los litigantes que, además, limita injustificadamente la función nomofiláctica del Tribunal Supremo en la interpretación de normas procesales que pueden ser trascendentes en la calidad de la tutela judicial que se presta desde la jurisdicción civil.” [↑](#footnote-ref-4)
5. Resulta cuando menos sorprendente que estemos en presencia de un acto de sumisión tácita a la normativa europea y no se mencione la directiva en cuestión (que no incluye a las personas jurídicas por considerarlo prematuro, considerandos núms. 14 y 15) , apartado VII de la Expos. de motivos ALECRIM, sobre todo cuando se trata de hacer pasar la legítima opción del legislador por otorgar la investigación del proceso penal al MF (como sucede desde hace más de 20 años con el proceso de menores), como un imperativo de la legislación europea (apartado III de la Exposición de motivos). [↑](#footnote-ref-5)
6. Lo que se ha venido en denominar un sistema mixto que, siguiendo las pautas del modelo austriaco y checoslovaco (concentrado y abstracto), evoluciona a mediados de siglo (Alemania e Italia), acogiendo la influencia del modelo difuso norteamericano de control concreto, por lo que al final resulta un sistema concentrado de control abstracto, en el que también colaboran los tribunales ordinarios permitiendo un control concreto o incidental, y en el que la Constitución tiene aplicación directa, en especial los derechos fundamentales [↑](#footnote-ref-6)
7. Es cierto que en nuestro país existía el antecedente inmediato del amparo previsto en la Constitución de la II República ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero, como es conocido, su vigencia, aunque significativa, fue muy escasa, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Paginas/Tribunal-de-Garantias-Constitucionales.aspx> [↑](#footnote-ref-7)
8. Para el análisis histórico cronológico, LÓPEZ CASTILLO, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley: el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Granada, 2007 y un resumen de las reformas de la casación penal hasta 2015, LUZÓN CUESTA, J.M., *El recurso de casación penal,* Madrid, 2015, pp. 24 y 25. [↑](#footnote-ref-8)
9. Así por ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, V., La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813), en "Temas del ordenamiento procesal", tomo I, Madrid, 1969; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “Rasgos definidores de la Casación civil española”, *RDP*, 1974. [↑](#footnote-ref-9)
10. “*Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi*”, afirmaba el joven diputado ROBESPIERRE, *Histoire de la Cour de Cassation,* <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/histoire-de-la-cour-de-cassation-22450>. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sobre la implantación en Italia de la misma en el momento de la unificación política del país, TARUFFO, M., *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil,* Lima, 2005, pp. 34 y ss. Y acerca de la evolución de la casación civil en Italia, Francia y Alemania, NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil,* Barcelona 2003, pp. 42 y ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. CALAMANDREI, P., *La casación civil (trad. Sentís Melendo), T. I, vol. 1º y 2º*, y *II*. Buenos Aires, 1945. Así, “(…) todas las tentativas de descubrir huellas de su origen fuera de Francia no encuentran ningún fundamento en la realidad histórica”, *op. cit. T. I, vol 2º,* p. 376, aunque examina la influencia de las categorías jurídicas desde el derecho romano en la misma. El T.I, vol 1º también puede consultarse en <https://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/bib_digital/Calamandrei_Casacion_v1.pdf> [↑](#footnote-ref-12)
13. Leyes de Estilo 136, “Como en pleyto criminal no hay alzada”, recogido por SÁNCHEZ ARANDA, A., El recurso de segunda suplicación en el derecho castellano, Granada, 2007, <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/1549/16722735.pdf?sequence=1&isAllowed=y> p. 244; posteriormente se admitiría la súplica, y, asimismo por celeridad, estaban legalmente excluidos de la segunda suplicación aunque la práctica alteró dicha circunstancia. [↑](#footnote-ref-13)
14. La primera categoría se recoge en la Partida tercera, mientras que la segunda aparece en la Partida séptima. Para el análisis en detalle de todas estas cuestiones, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, AIKIN ARALUCE, S., Madrid, 1982, pp. 83 a 88. [↑](#footnote-ref-14)
15. La nulidad, Tit. 18, apelación, Tit. 20, suplicación, Tit. 21, segunda suplicación, Tit. 22, e injusticia notoria, Tit. 23. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ello no obsta a que existan referencias a la posibilidad de recurrir y el órgano con competencia funcional para conocer de la impugnación. Así, por ejemplo, se prevé la posibilidad de la apelación y suplicación frente a resoluciones de Jueces y Alcaldes de Hermandad, Tit. XXXV, Leyes 8, 19 y 20. [↑](#footnote-ref-16)
17. En el Tit. V de la Constitución, “De los Tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal”, Cap. 1º, “De los Tribunales”, el art. 263, disponía que correspondía a las Audiencias conocer en lo criminal de las causas de los Juzgados inferiores de su demarcación, en segunda y tercera instancia, según lo dispusiesen las leyes. Una previsión desarrollada por el Reglamento Provisional de 1835, que en su art. 51.14 estipulaba la apelación de los delitos con pena corporal (art. 11 del Rgto.: desde la capital, azotes, galeras, minas, arsenales, vergüenzas, presidio, bombas, obras públicas, destierro, prisión o reclusión por más de seis meses). De hecho, solo en estos delitos se consentía la prisión provisional, Constitución 1812, Tit. V, Cap. 3º, “De la administración de justicia en lo criminal”, art. 287, de suerte que “En cualquier estado de la causa que aparezca, que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza”, art. 296. [↑](#footnote-ref-17)
18. En las previsiones de la Constitución de 1812, la nulidad estaba destinada a dejar sin efecto el sistema histórico castellano de recursos extraordinarios, La Novísima Recopilación, y de la misma conocería el Supremo Tribunal de Justicia (que sustituiría a los Consejos de Castilla y Ultramar; “Habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia”, art. 259, aunque la nulidad en Ultramar correspondía a las Audiencias, arts. 261.14º, 268 y 269). MORENO PASTOR, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, 1989.

    Pero, como resulta sabido, en la nulidad solo se conocería de los quebrantamientos de forma, pues dicho recurso estaba previsto expresamente para, a través de la nulidad, hacer efectiva la responsabilidad prevista en el art. 254, al que remitía expresamente el art 261.14º: “Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil, y en lo criminal, hace personalmente responsables a los Jueces que la cometieren”, art. 254. Aunque en el caso de Ultramar, como se ha señalado, la nulidad en sí correspondía a la Audiencia y la responsabilidad al Supremo Tribunal.

    A favor de entender que se trata de un antecedente de la casación, GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Recursos de nulidad…, op. cit.,* p. 49, FAIRÉN GUILLEN, V., *Sobre la recepción en España…, op. cit.*, p. 679 (quien cita la opinión de ARGÜELLES en el *Diario de sesiones* de 28 de noviembre de 1811), VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona, 1979*,* p. 15, pero limitada a los quebrantamientos de forma. En sentido contrario, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del recurso de casación”, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, 1985, pp. 791. [↑](#footnote-ref-18)
19. “Corresponde a las Cortes proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario.” Se trataba, en definitiva, del entendimiento, fruto de la revolución francesa, de que la interpretación, la única que existía, de las leyes correspondía a su autor, mientras que el poder judicial se limitaba a aplicarlas, de suerte que se creaba una especie de *référé legislatif facultatif*, MORÓN PALOMINO, M., *La nueva casación civil,* Madrid, 2001,p. 43, cuando los integrantes de aquel se enfrentaban a alguna duda sobre el texto legal. En cualquier caso, también se ha visto un antecedente de esta perspectiva en las Partidas, Ley XIV, Tit. I, Partida Primera, porque allí se disponía que “Dubdosas seyendo las leyes,” si tienen que ser “espaladinadas”, “esto no puede ser por otro fecho, sino por aquél que las fizo, ó por otro que sea en su logar, que haya e poder las facer de nuevo”; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *La casación civil…, op. cit.,* p. 17; PLAZA Y NAVARRO, M., *La Casación Civil,* Madrid, 1944,p. 85. [↑](#footnote-ref-19)
20. LASO GAITE, J.F., “Evolución histórica de la casación penal en España”, *Rev. Dcho. Proc.,* 1975, p. 843. [↑](#footnote-ref-20)
21. “Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo penal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados.”, art. 286. [↑](#footnote-ref-21)
22. Es el argumento del FÁBREGA, recogido por GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal,* con HERCE QUEMADA, V., Madrid, 1984, p. 303. [↑](#footnote-ref-22)
23. Se utiliza el interés privado como un impulso para el interés público en la casación, CALAMANDREI, P., *La casación…, op. cit.,* Tit. V, Cap. XII. [↑](#footnote-ref-23)
24. Lo cierto es que la obligación de reenvío se ha dulcificado también en el derecho francés, así el art. 627 del Code de procédure civile dispone que “La Cour de cassation peut casser sans renvoyer l'affaire dans les cas et conditions prévues par [l'article L. 411-3](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071164&idArticle=LEGIARTI000006572200&dateTexte=&categorieLien=cid) du code de l'organisation judiciaire”, y esto acontece, según dicho precepto, modificado por la [LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 38](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=68C46528BB238A0AE930C610BC9C1BE1.tplgfr24s_2?cidTexte=JORFTEXT000033418805&idArticle=LEGIARTI000033423778&dateTexte=20200407&categorieLien=id#LEGIARTI000033423778), en lo civil, para “statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie”. Mientras que “En matière pénale, elle peut, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.” (el subrayado es nuestro).

    Ahora bien, la concreción de estas hipótesis, según dispone el art. 411-3 del Código de la organización Judicial citado, “Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.” [↑](#footnote-ref-24)
25. No deja de ser paradójico, y demuestra la importancia del factor técnico frente al político, en lo que se refiere a la codificación del proceso civil, que el texto más progresista y que por ello fue desechado, el del Marqués de Gerona, tuviera lugar durante la década moderada, 1844-1854, mientras que el de Gómez de la Serna, que tornaba al *solemnis ordo iudiciarius* de las Partidas, aconteciera durante el bienio progresista (pues este jurista ostentaba un marcado carácter liberal que le condujo al exilio), 1854-1856, durante el reinado de Isabel II. [↑](#footnote-ref-25)
26. Se trata de una característica clásica, así por ejemplo, JULIEN, P., y FRICERO, N., *Droit judiciaire privé*, París, 2003, p. 409. Sin embargo, también se ha resaltado que este rasgo, la exclusión de la *quaestio facti,* en realidad acontece una vez que integrada la *Cour de Cassation*, en el Poder judicial, como cúspide del mismo, se hace preciso establecer, en los años 30 del S. XIX, criterios restrictivos para evitar que tuviera que conocer de todas las resoluciones y con una excesiva amplitud, NIEVA FENOLL, J., *El hecho y el derecho en la casación penal,* Barcelona, 2000, pp. 36 y ss. Este rasgo se mantiene en otros países que siguen al modelo francés, pero han sido modulados, de forma parecida al nuestro, aunque con otros fundamentos: así la casación penal alemana, al margen de la discusión doctrina acerca de la posibilidad de deslindar cuestiones fácticas y jurídicas, ha admitido el control de la plausibilidad de las determinaciones fácticas con sustento en los fundamentos escritos de la sentencia: así, por ejemplo, si no se han observado las máximas de experiencia o las premisas del conocimiento científico, ausencia de consideración de los hechos manifiestos, si no se toman en consideración otras hipótesis muy plausibles, deficiencia en la prueba indiciaria ROXIN, C., SCHÜNEMANN, B., *Derecho procesal penal*, 29ª ed., ed. a cargo de AMORETTI, M.F.; ROLÓN., D.N., y TEDESCO, F., ed. Didot, 2019, pp. 660, 666 a 671. [↑](#footnote-ref-26)
27. “En plena sintonía con las exigencias constitucionales expuestas, atendido el valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y la necesidad de garantizar un doble pronunciamiento en materia penal, el legislador modificó los motivos de casación penal ampliando la posibilidad de denunciar el error en la valoración de la prueba ([Ley 6/1985, de 27 de marzo](javascript:Redirection('LE0000009050_Vigente.HTML')), que modificó el [artículo 849.2 LECrim](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I688'))) ensanchando, objetivamente, el cauce a través del que se podía cuestionar el juicio fáctico.” ATC 40/2018 FJ 5. A través de la reforma citada lo que se hizo, en consonancia con lo que se había hecho en la Lec de 1881, fue suprimir únicamente el adjetivo “auténtico” que se exigía al documento. [↑](#footnote-ref-27)
28. STS Sala Segunda, Núm. Sentencia: 976/2013, Núm. Recurso: 662/2013, Cendoj: 8079120012013100996, Ecli: ES:TS:2013:6275, Núm. Roj: STS 6275/2013, de 30 de diciembre 2013, FD cuarto. [↑](#footnote-ref-28)
29. El hecho de que epistemológicamente se expandiera la concepción persuasiva de la prueba como un mecanismo de convicción psicológico, por ende subjetivo, relanza el concepto de íntima convicción y exalta la exigencia de inmediación en la valoración de la misma. Como contrapartida, supone una negación cuasi absoluta a la posibilidad de revisar la ponderación de la prueba efectuada en la instancia, en los recursos, ANDRES IBÁÑEZ, P., *Los “hechos” en la sentencia penal,* México, 2005, y más recientemente, FERRER BELTRÁN, J., “Los hechos en la casación penal”, *Actualidad Penal,* Junio, 2018, pp. 153 y ss. Según este autor, este sería el fundamento “teórico” de la exclusión de los hechos que apuntalaría la razón histórica señalada. Ahora bien, señala la existencia de unos elementos que permitirían revisar, hasta cierto puno, la valoración de la prueba en los recursos: a) el abandono de la teoría persuasiva de la prueba en favor de la racional, que restringiría la inmediación hasta límites más racionales (sobre todo el control de las inferencias que realiza el tribunal, también respecto de las tenidas en cuenta sobre la fiabilidad de cada medio de prueba y la existencia de un estándar de prueba considerando a la valoración siempre como un juicio de probabilidad); b) la inexistencia de una distinción absoluta entre los hechos y el derecho, por lo que, c) al examinar la infracción del derecho, los hechos siempre acaban por estar presentes, aunque sea indirectamente. Por su parte, el TS ha delimitado la inmediación, dentro de la primera fase de la valoración de la prueba, en la percepción sensorial, pero que debe plasmarse en la segunda, la racionalidad o explicitación de la valoración, por lo que no impide en casación el adecuado control acerca de la suficiencia y racionalidad de la prueba. De suerte que, por ejemplo, se constate que la “(…) decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración en su presencia... se mantiene en parámetros objetivamente aceptables...", STS. 306/2001 de 2.3, citada por STS Sentencia 192/2013 de 7 Mar. 2013, Rec. 10971/2012, FD Primero.

    Sobre el control de las inferencias del tribunal y la teoría de la prevalencia, probabilidad estadística de acierto, a pesar de que existan indicios contrarios, de la hipótesis elegida por aquel, existe jurisprudencia en lo penal, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 838/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 10517/2014, FD Séptimo, que remite a las SSTS. 577/2014 de 12.7, 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6, “En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.” [↑](#footnote-ref-29)
30. La explicitación de los hechos probados en la sentencia se instituyó para señalar los límites de la revisión en la casación, ORTELLS RAMOS, M., “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *RDPro*, 1977, p. 932. [↑](#footnote-ref-30)
31. Algo que también sucede en otros ordenamientos, por ejemplo el alemán, aunque en la casación penal los quebrantamientos de forma se han ido marginando los quebrantamientos de forma, especialmente a través de la jurisprudencia, al recrudecer la exigencia de su trascendencia en el resultado, ROXIN, C., SCHÜNEMANN, B, *op. cit.,* pp. 660 y 671 a 675. [↑](#footnote-ref-31)
32. ART. I 2 I 8. “La declaracion de injusticia notoria no tiene lugar en las causas de comercio sino por violacion manifiesta en el proceso de las formas sustanciales del juicio en la última instancia ó por ser el fallo dado en esta contra ley expresa.” Libro V “De la Administración de justicia en los negocios de comercio”. Sobre este recurso,

    El otro antecedente es el Reglamento provisional para la Administración de Justicia, de 26 de septiembre de 1835, que en su art. 41, al regular la nulidad (sin distinguir entre lo civil y criminal), distinguía; a ) el “fallo contra ley expresa o terminante” y en su apartado b) si se hubiere “violado algún trámite esencial de las leyes que arreglan el procedimiento”. [↑](#footnote-ref-32)
33. La confusión de CAYO PLINIO SECUNDO, PLINIO EL VIEJO, S. I, Libro VIII, *Naturalis Historiae,* inspirado principalmente por ARISTÓTELES Y JUBA DE MAURITANIA, respecto de lo que en realidad constituye la alimentación del animal se ha propagado hasta ahora. [↑](#footnote-ref-33)
34. El primer vestigio que hemos sabido encontrar de los quebrantamientos de forma *in iudicando* como una categoría autónoma, en nuestro período codificador, se encuentra en la regulación de la nulidad en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, 1830, art. 419 Tit. XI “De los recursos frente a sentencias en causas de comercio”, Sección Segunda, “Del recurso de nulidad”, art. 419: “Tiene lugar el recurso de nulidad contra las sentencias dadas con violación de la forma y solemnidad que prescriben las leyes, o en virtud de un procedimiento en que se haya incurrido en algún defecto de los que por espresa disposición de derecho anularen las actuaciones.” [↑](#footnote-ref-34)
35. También resulta pionera, ausencia de reenvío de estos vicios, la nulidad de la mencionada Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio Art. 422: “Si el procedimiento estuviere arreglado à derecho, y la nulidad consistiere en las formas de la sentencia, el Tribunal declarando a esta por nula proveerá también sobre el fondo de la cuestión del pleito”. Mientras que el art. 423 determinaba que si se trataba de un quebrantamiento de forma *in procedendo,* tras declarar la nulidad, se devolviesen los autos al tribunal inferior, para que se volviese a sustanciar el pleito “desde aquella misma actuación en adelante pronuncie sentencia con arreglo à derecho”. Y eso sí, en este caso había “inescusablemente” condena en costas al juez, consultor o escribano, “responsable del defecto que causare la nulidad del procedimento.” [↑](#footnote-ref-35)
36. Indudablemente, como también sucede con el siguiente rasgo que se señala, resulta un anacronismo referirse a esta reforma si a continuación se explica la trascendencia de la CE de 1978, pero ya se advirtió que, al exponer los rasgos esenciales de nuestra casación el rigor del criterio cronológico se sacrificaría parcialmente si ello beneficiaba la lógica de la explicación. [↑](#footnote-ref-36)
37. En el Preámbulo a dicha ley se decía que “El reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva y de la presunción de inocencia ha generado un elevado número de recursos de casación que el Alto Tribunal no puede, ni podría en ninguna circunstancia, resolver sin desvirtuar su importante función unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico, propia de los Tribunales de casación.” [↑](#footnote-ref-37)
38. Art. 50.1 LOTC LO 6/1988: “c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

    d) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.” La LO carecía de Preámbulo alguno. [↑](#footnote-ref-38)
39. En el recurso extraordinario por infracción procesal, art. 473.2.2º LEC, se incluye solo el segundo motivo mientras que en la casación se recogen ambos, art. 483.2.4º LEC. [↑](#footnote-ref-39)
40. Art. 1710.1.3º Lec de 1881 a resultas de la L 10/92, que exigía unanimidad. [↑](#footnote-ref-40)
41. La STS de 23 de enero 2004 condenó a los magistrados del TC a indemnizar por responsabilidad civil extracontractual por este motivo, provocando, al margen de la oportuna modificación del art. 4 LOTC, LO 6/2007, el Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2004, y posteriormente el TC, STC 133/2013, FFJJ 6 y 7, estimó el autoamparo de aquellos. [↑](#footnote-ref-41)
42. Según la cual, caracteriza a este medio de impugnación, además de la singular posición del TS respecto del plano de legalidad, la existencia no solo de unos requisitos externos más estrictos, sino también la de “otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995 , de 7 de febrero, FJ 5; 248/2005 , de 10 de octubre, FJ 2; 100/2009 , de 27 de abril, FJ 4, y 35/2011 , de 28 de marzo, FJ 3)”, AATC 40/2018 y 41/2018, FFJJ 4. [↑](#footnote-ref-42)
43. Hay que ser conscientes de que, en puridad, presentan interés casacional todas aquellas materias que el legislador decide que tengan acceso al recurso extraordinario. El hecho de que algunos asuntos, por razón de la materia, tengan acceso directo al mismo y el recurrente no soporte la carga de demostrar en el caso concreto la relevancia o interés de que el Alto Tribunal conozca de el, no impide reconocer que también son supuestos de interés casacional. Así lo reconocía el autor de la LEC en la Expo. de Motiv., apartado XIV, “De ahí que el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objetive en esta Ley, no solo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero además contra la doctrina jurisprudencial…” [↑](#footnote-ref-43)
44. Cuando el TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 588/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2222/2016 ECLI: ES:TS:2017:3041, FD Cuarto, sostiene que “Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales), absolutamente necesario por razones de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio.”, hay que entender que lo que diferencia al ámbito de cada tribunal es que el TC a tenor del art. 24.1 solo puede corregir la interpretación manifiestamente ilógica o arbitraria, además de cuando se opone al principio de legalidad o proporcionalidad. Por otra parte, la víctima, *infra,* también podría utilizar a modo y semejanza de la *Dritwirkung*, la técnica de imputar al órgano jurisdiccional el quebranto de alguno de sus derechos fundamentales sustantivos lesionados por el delito. [↑](#footnote-ref-44)
45. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto C‑399/11, ECLI:EU:C:2013:107. [↑](#footnote-ref-45)
46. Por eso, por ejemplo, la previsión de la inadmisión del recurso de casación penal, art. 884.3º LECrim, ausencia de respeto a los hechos declarados probados en la sentencia salvo por el motivo del art. 849.2 LECrim, ha de acomodarse al contenido de la presunción de inocencia. [↑](#footnote-ref-46)
47. GUASH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el derecho en la casación civil,* Barcelona, 1998. [↑](#footnote-ref-47)
48. El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión comporta el de obtener una resolución motivada, razonada y no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, [STC núm. 258/2007](javascript:Redirection('JU0002807201_Vigente.HTML')). La doctrina no ha dejado de reconocerlo, así por ejemplo, VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Madrid, 2003, pp. 96, aunque con diferencias acerca de cuál debería ser el alcance de la revisión de la *quaestio facti* y la valoración de la prueba; NIEVA FENOLL, J., *El hecho… op. cit.*; y BONET NAVARRO, J., “La revisión del juicio fáctico mediante el recurso de casación penal”, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2140/2073> cuya perspectiva compartimos. [↑](#footnote-ref-48)
49. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 22 de julio de 2008, Segundo asunto: Art. 849.2 de la LECrim y Ley del Jurado. Acuerdo: “La referencia que el art. 847 de la LECrim hace el recurso de casación por infracción de la ley contra las sentencias dictadas por las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, incluye los motivos previstos en los número 1 y 2 del art. 849 de la LECrim.” [↑](#footnote-ref-49)
50. La proscripción de la “manifiesta contradicción entre” los hechos declarados probados, ha sido un quebrantamiento de forma *in iudicando* tradicional de la casación, art. 851.1 LECrim, pero siempre se ha entendido en un sentido literal y restrictivo: 1) la contradicción ha de ser absoluta y gramatical, de suerte que la afirmación de un hecho comporte una exclusión radical del otro; 2) que no pueda ser salvada en el contexto del fallo; 3) ha de darse entre los elementos fácticos, aunque pueden estar integrados en la fundamentación jurídica; 4) ha de tener trascendencia jurídica. STS Sala de lo penal 35/2010, 4 de Febrero de 2010, Número de Recurso: 1197/2009, FD Primero. [↑](#footnote-ref-50)
51. Ya se ha señalado, *supra,* la existencia de una corriente que con bastante razón, a nuestro entender, pretende circunscribir la exigencia de inmediación a sus justos límites, de suerte que, junto al mencionado abandono de la teoría de la persuasión en la valoración de la prueba (la íntima convicción) en favor de la racionalista, permite comprobar en los recursos, en función de elementos objetivos como la fortaleza de las máximas de experiencias utilizadas y la existencia de estándares de prueba, la calidad de las inferencias probatorias que lleva a cabo el tribunal, de manera que el órgano *ad quem* se adentra naturalmente en la *quaestio facti*. Así, por ejemplo, además de los trabajos ya citados, sobre el entendimiento racional de la inmediación, la relación entre la teoría racionalista de la prueba y la interdicción de la arbitrariedad y su vínculo con los derechos fundamentales procesales (frente a lo que hacemos nosotros, ubica esta garantía en el proceso debido), así como la expansión de todo ello acontecida en los países jurídicos latinos en los últimos veinte años, pueden consultarse los trabajos de FERRER BELTRAN, J., *La valoración racional de la prueba,* Madrid, 2007; *Motivación y valoración de la prueba,* Lima, 2016; “ El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias”, *Actualidad Penal,* Lima,núm. 34, 2017.

    De hecho, quien conozca la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS en materia del control de la credibilidad de los testigos, de la ponderación de las declaraciones de los coimputados…, en las que explicita los elementos que el tribunal debe tener en consideración para poderles otorgar valor probatorio, constatará que en ella se cumplen en gran parte las previsiones señaladas: así, desde un principio se aplicó la jurisprudencia del TC de 2002,sobre las declaraciones de los coimputados, ATS Auto 1152/2004 de 20 Jul. 2004, Rec. 2508/2003, Razonamientos Jurídicos, Segundo, y más recientemente y con carácter general sobre la víctima, ATS núm. 405/2019 de 14 febrero. RJ 2019\1799, ECLI: ECLI:ES: TS:2019:4431 “La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación (STS 630/2016, de 14 de julio (RJ 2016, 3765))” Parámetros que se explicitan al máximo en SSTS Sala Segunda, 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018, ES:TS:2019:678, FD tercero y 322/2020 de 17 Jun. 2020, Rec. 3877/2018, ES:TS:2020:1905, FD segundo. [↑](#footnote-ref-51)
52. El TS así lo ha constatado en innumerables ocasiones, Sentencia núm. 68/2019 de 7 febrero. RJ 2019\318 ECLI: ECLI:ES:TS:2019:332, FD 3º “Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 (RTC 2002, 70) y 116/2006 de 29.4 (RTC 2006, 116)). [↑](#footnote-ref-52)
53. Acerca de la distinción entre la presunción de inocencia y la revisión de la prueba (el error en la valoración) en apelación, BONET NAVARRO, J., “La revisión…”, *op. cit.,* pp. 26 y ss. [↑](#footnote-ref-53)
54. “Las partes acusadoras no gozan de un derecho fundamental basado en la misma norma, consistente en que no se confiera a la presunción de inocencia una amplitud desmesurada, o a que se condene siempre que exista prueba de cargo practicada con todas las garantías susceptible de ser considerada "suficiente" para lograr la convicción de culpabilidad (SSTS 1273/2000, de 14 de julio, 577/2005 de 4 de mayo, ó 1022/2007 de 5 de diciembre entre muchas otras). Por definición las partes acusadoras carecen de legitimación para invocar la presunción de inocencia. No existe un reverso de ese derecho fundamental.” STS 1987/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1987 Id Cendoj: 28079120012017100386, Sección: 1 Fecha: 19/05/2017 Nº de Recurso: 2457/2016 Nº de Resolución: 363/2017, FD cuarto. [↑](#footnote-ref-54)
55. “(…)la existencia de indicios puede no ser suficiente cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada ( [SSTC 189/1998](javascript:Redirection('JU0000319690_Vigente.HTML')) , [220/1998](javascript:Redirection('JU0000248380_Vigente.HTML')) , [124/2001](javascript:Redirection('JU0000762626_Vigente.HTML')) y [137/2002](javascript:Redirection('JU0001168526_Vigente.HTML')) ), y que se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada ( [SSTC 229/2003](javascript:Redirection('JU0001515306_Vigente.HTML')) , [263/2005](javascript:Redirection('JU0002078618_Vigente.HTML')) , [123/2006](javascript:Redirection('JU0002269256_Vigente.HTML')) , [66/2009](javascript:Redirection('JU0003331217_Vigente.HTML')) , [15/2014](javascript:Redirection('JU0005016833_Vigente.HTML')) , [133/2014](javascript:Redirection('JU0005143733_Vigente.HTML')) y [146/2014](javascript:Redirection('JU0005197879_Vigente.HTML')) )”. STS, Sala Segunda, Sentencia núm. 290/2019 de 31 Mayo de 2019, Rec. Núm. 2198/2018 ECLI: *ES:*TS:2019:1873; “(…) siempre que esas alternativas a la hipótesis que justificó la condena no sean susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables, (cfr. SSTS 848/2999, 27 de julio; 784/2009, 14 de julio y 625/20008, 21 de octubre)”, STS 585/2020 de 5 de noviembre, Rec. 10672/2019, ELIS: ES:TS:2020:3776, FD 3.1. [↑](#footnote-ref-55)
56. Obviamente, como el TS no valora la prueba, no se trata de que el mismo alcance dicho grado de convencimiento que en la instancia, STS Sala Segunda, de 17/06/2020 RES:324/2020 REC:3917/2018, FD segundo, “Y la STS 584/2014 , de 17 de junio, precisa con concisión en qué consiste el control sobre el principio de presunción de inocencia, indicando que "[...] el estándar de certeza más allá de toda duda razonable viene referido al Tribunal de instancia (...)”, sino de que constate, a través del control de la fundamentación, que el tribunal de instancia sí pudo llegar al mismo. Palabras reproducidas en la STS 34/2019 de 30 de enero, RJ 2019\258, ECLI:ES:TS:2019:177, FD cuarto. [↑](#footnote-ref-56)
57. “sencillamente se quiere hacer notar que la casación de una sentencia absolutoria por motivos de prueba se ha convertido en algo muy excepcional en casación. La tutela judicial efectiva permite anular pronunciamientos absurdos, carentes de toda lógica, arbitrarios; pero no aquéllos que, siendo discutibles o de los que puede discreparse con buenas razones, no incurren en esos calificativos” “el nivel de motivación de las sentencias absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias. Las sentencias absolutorias, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación con estándares menos exigentes que los que reclama un pronunciamiento condenatorio.” [↑](#footnote-ref-57)
58. MAZA MARTÍN, J.M., “El recurso de unificación de doctrina en materia penal”, *Los recursos de casación y apelación en el orden penal,* Estudios de Derecho Judicial, 101, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 213 y ss. [↑](#footnote-ref-58)
59. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 115/2003 de 3 Feb. 2003, Rec. 1002/2001, FD 2 “El recurso de casación para unificación de doctrina, establecido e insuficientemente regulado por el art. 42 LRPM, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina --y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley-- en el ámbito del Derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no solo se manifiesta en su carácter tasado --solo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPM-- sino en su carencia de efecto suspensivo por lo que es acertada, en este punto, la doctrina mantenida en la resolución recurrida según la cual las sentencias dictadas en apelación por las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia --o, en su defecto, por las Secciones de las Audiencias Provinciales constituidas en Salas de Menores-- alcanzan firmeza desde el mismo momento de su pronunciamiento.” [↑](#footnote-ref-59)
60. “La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad.”, STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 748/2006 de 12 Jun. 2006, Rec. 10/2005, FD tercero. [↑](#footnote-ref-60)
61. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Acuerdo de 13 Mar. 2013, ACUERDO:” sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor.” Aplicado por Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 74/2014 de 12 Feb. 2014, Rec. 20620/2013, ECLI: ES: TS: 2014:479. [↑](#footnote-ref-61)
62. Aunque la lógica parece indicar que el recurso está pensado para que el TS se pueda pronunciar respecto de aquellos casos en los que de otra manera no existiría su jurisprudencia, es decir supuestos de especial gravedad en materia de menores y que, por consiguiente, no tiene sentido abarcar también los quebrantamientos de forma porque, en principio, son los mismos que pueden existir en cualquier otro proceso, lo cierto es que, en material procesal, el proceso de menores presenta la singularidad esencial (al margen de la amplitud del principio de oportunidad) de que la fase de investigación está encomendada al M.F., lo que suscita cuestiones novedosas en ese ámbito: desde el valor específico de los actos de investigación del mismo (ciertamente no como medio de prueba pero sí para poderlos utilizar como material de contraste respecto de lo aseverado en el juicio), o el alcance del derecho de las partes a las diligencias que le solicitan antes de que el Juez de menores conozca de la fase intermedia… No parece que encomendar el conocimiento de estas cuestiones directamente al TC resulte lo más adecuado, sin embargo: “Significa esto que las discrepancias susceptibles de ser corregidas y resueltas mediante el recurso de casación para unificación de doctrina son las que se concretan en medidas impuestas a un determinado menor que, en su contenido, duración y objetivos, se apartan sensiblemente de otras que tomaron en consideración datos idénticos o muy parecidos sobre la gravedad objetiva del hecho, la personalidad y situación del menor, su entorno familiar o social, su edad, sus necesidades, etc., porque lo que se persigue a través de este remedio es alcanzar, en el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores y en su orientación educativa, siempre inspirada por el principio del superior interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica. Completamente ajenas a esta problemática son las diferencias que puedan advertirse entre los criterios que hayan seguido los distintos Jueces de Menores y las Salas de Apelación en la apreciación de la prueba practicada en los respectivos procedimientos. En esta otra materia, sobre la que no es posible elaborar una doctrina específica en la jurisdicción de menores, que tendrá que atenerse naturalmente a los principios y pautas derivados del derecho constitucional a la presunción de inocencia, las decisiones de los Jueces de Menores no están exentas de control, pero éste ha sido instrumentalizado solo mediante el recurso de apelación, establecido en el art. 41 de la LO 5/2001,(…)”, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1836/2002 de 7 Nov. 2002, Rec. 924/2001-P/2001, FD Único. [↑](#footnote-ref-62)
63. Si así fuera no estaríamos ante un recurso sino ante un mecanismo de rescisión (acción rescisoria) de las sentencias firmes ante la jurisdicción ordinaria que se sumaría al incidente de nulidad de actuaciones; los previstos en lo civil y penal en los supuestos en los que la sentencia se dictó en rebeldía: audiencia al rebelde y anulación; y la revisión. Por eso, resulta más acertado reputar que se trata de un recurso de carácter tan extraordinario que, excepcionalmente, no impide la ejecución en lo penal del fallo, a pesar de las previsiones de los arts. 794, 803.3, 974 y 988 LECrim. Es cierto, por otra parte, que la eficacia de la STS solo si resulta favorable, según el Acuerdo de la Sala Segunda transcrito, lo asemeja a la revisión, pero, por otra parte, y frente a aquella, el recurso lo pueden interponer también las partes acusadoras, art. 42.3 LORPM. [↑](#footnote-ref-63)
64. La casación directa cabe frente a aquellos que determinen el máximo de cumplimiento de la pena impuesta, o en su caso, se deniegue tal fijación (apartado 6 de la [DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial](javascript:Redirection('LE0000019669_Vigente.HTML#I2170')) y [artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Crimina](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I841'))l). Pero este es, siguiendo la propia terminología de la DA 5ª LOPJ, apartados 2 y 3, un supuesto de ejecución y no de régimen penitenciario. [↑](#footnote-ref-64)
65. En especial, ha de tenerse en consideración la STS de 9 de diciembre de 2015, Secc. 1, núm. de Recurso: 20576/2015, núm. de Resolución: 780/2015, en la que, tras reproducir el Acuerdo del Pleno de 2004, se pormenoriza el régimen del recurso. Y más recientemente, STS de 8 de marzo de 2019, 859/2019 - ECLI: ES:TS:2019:859, FD Segundo. [↑](#footnote-ref-65)
66. “(…) cuatro elementos que son los que le dan vida: a) identidad de hecho entre el caso cometido a debate y otros idénticos resueltos por otros Tribunales del mismo grado --a tales efectos, la Audiencia Nacional está equiparada a una Audiencia Provincial, sólo que con competencia objetiva especializada y ámbito territorial estatal, pero no es de superior grado a las Audiencias Provinciales--, b) identidad de la norma aplicable tanto en la resolución cuestionada como en las de contraste, c) contradicción de la doctrina aplicada, en este caso por la Audiencia Nacional en relación con los otros Tribunales cuyas resoluciones deben aportarse con el recurso --y se aportaron por el recurrente--, que actúan como sentencias de contraste y d) relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.” STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 748/2006 de 12 Jun. 2006, Rec. 10/2005, FD Cuarto. [↑](#footnote-ref-66)
67. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios…, op. cit.* [↑](#footnote-ref-67)
68. En realidad lo que presentamos como la opción del legislador es aquella que nos ha resultado de la primera y ulteriores lecturas de la L 41/2015; sin embargo también es innegable que, a resultas de la deficiente técnica legislativa empleada, el estudio pormenorizado de la misma puede provocar la trascendental duda expresada. A favor de la versión que ofrecemos, SÁNCHEZ MELGAR, J., quien precisamente titula su trabajo “El recurso de casación por interés casacional”, <https://elderecho.com/el-recurso-de-casacion-por-interes-casacional>, en especial apartado IV. Diferencias con otros recursos. [↑](#footnote-ref-68)
69. “d) la ampliación del recurso de casación”. [↑](#footnote-ref-69)
70. “(…) 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.” [↑](#footnote-ref-70)
71. “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. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias.” [↑](#footnote-ref-71)
72. Es inexacto por dos motivos: a) también en estos casos existe la defensa del *ius litigatoris*; b) el TS siempre que conoce no puede dejar de, bien crear doctrina, si en el caso de que se trataba no existía aquella, o bien de un unificar, si existiendo, la resolución impugnada se había apartado de aquella. Es cierto, sin embargo, que podría argüirse que para que exista doctrina jurisprudencial en sentido estricto se necesita más de una resolución del TS o un pronunciamiento formal (a través del Pleno), para fijar aquella que es lo que parece que sucede en este recurso. [↑](#footnote-ref-72)
73. “El recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estime correcta en contra del criterio que la sentencia recurrida haya seguido frente a otras sentencias de Audiencias Provinciales o en contra del criterio de la jurisprudencia o cuando no exista jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (art. 487.3 LEC).” Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, Apartado. I.2. [↑](#footnote-ref-73)
74. “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.” [↑](#footnote-ref-74)
75. “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.” [↑](#footnote-ref-75)
76. “A efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o 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.” [↑](#footnote-ref-76)
77. “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.” La crítica a este concepto de “sentencia no definitiva” se realiza *infra* al analizar la jurisprudencia del TS. [↑](#footnote-ref-77)
78. Art. 847.1. “b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

    2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.» [↑](#footnote-ref-78)
79. Art. 889. II “Para denegar la admisión del recurso será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad. La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional.” [↑](#footnote-ref-79)
80. STS, Sala de lo penal, Sentencia núm. 210/2020, 21/05/2020, Núm proced. 3058/2018, FD sexto. Y en ATS de 25 septiembre de 2018, Rec. 1206/2017, ECLI: ES: TS:2018:9098A, FD octavo, “Nuestra capacidad de revisión a través del art. 852 LECrim (presunción de inocencia) coincide esencialmente con la del Tribunal Constitucional (la presunción de inocencia es la misma en uno y otro Tribunal)…”, [↑](#footnote-ref-80)
81. Por eso, y al margen de lo que luego se dirá, resulta inasumible, con todos los respetos, la afirmación, “Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.” SSTS Sala Segunda, de lo Penal, 321/2020 de 17 Jun. 2020, Rec. 10724/2019ECLI: ES:TS:2020:1910, FD primero; núm. 579/2020 de 5 de noviembre, Rec. 10144/2020, ECLI: ES:TS:2020:3751, FD seguno. Si la “suficiencia” de la actividad probatoria forma parte de la presunción de inocencia, tendrá que examinarse, bajo el prisma del art. 24.2 CE, de la misma forma en apelación, casación y amparo. [↑](#footnote-ref-81)
82. Criticada tradicionalmente por la doctrina, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia,* 2001, núm. 2, pp. 1 y ss.; SENÉS MOTILLA, C., “El derecho a los recursos jurisdiccionales”*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* Granada, 2013,pp. 22 y 23, <http://rajylgr.es/wp-content/uploads/2017/11/carmen-senes-discurso-ingreso-01.pdf> . [↑](#footnote-ref-82)
83. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 210/2017 de 28 Marzo 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: ES:TS:2017:1073, FD Primero. [↑](#footnote-ref-83)
84. “Segundo: Posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos de delitos leves.

    Acuerdo: El artículo 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en relación con los artículos 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el artículo 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el artículo 847, en el artículo 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.

    En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves.” [↑](#footnote-ref-84)
85. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 122/2019 de 8 Mar. 2019, Rec. 1472/2018 ECLI: ES:TS:2019:754, FD Segundo, que transcribe literalmente lo afirmado ya en la primera STS que se ocupa de la nueva modalidad, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 210/2017 de 28 Mar. 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: ES:TS:2017:107, FD Primero. [↑](#footnote-ref-85)
86. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 588/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2222/2016 ECLI: ES:TS:2017:3041, FD Cuarto. 4 “La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior del orden jurisdiccional penal conforme al cometido que le atribuye el artículo 123 CE, es precisamente la que realiza a través del cauce de la infracción de ley. Ésta permite corregir errores de subsunción y fijar criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y además los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley. Todo ello sin perjuicio de la función unificadora que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, se proyecta sobre el ordenamiento procesal penal.

    En la función de tutela de derechos fundamentales que también le corresponde a este Tribunal de casación con carácter primario, no actúa esta Sala sin embargo como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones ( artículos 123 y 161 b CE). Revisión que no se extiende constitucionalmente a la interpretación de la norma penal ordinaria.

    Es por ello muy relevante que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función unificadora, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

    Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales), absolutamente necesario por razones de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio.” [↑](#footnote-ref-86)
87. Por eso, por ejemplo, no cabe sostener que el derecho a practicar las pruebas pertinentes en los recursos extraordinarios no existe o es menor que en primera instancia o en los recursos ordinarios, por cuanto en aquellos no se consiente practicar prueba sobre la cuestión de fondo, sino que juega con la misma Intensidad en una y otra sede en tanto en cuanto en el recurso extraordinario el tribunal *ad quem* está obligado a admitir la prueba, cuando se permite, que aporta el recurrente y que resulta decisiva para demostrar el vicio alegado. En definitiva, el contenido y la intensidad con la que juega el derecho fundamental a practicar la prueba pertinente es el mismo, variando únicamente el ámbito sobre el que se proyecta (más restringido en este caso) por decisión del legislador. [↑](#footnote-ref-87)
88. “a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2°, 850, 851 y 852.

    b) Los recursos articulados por el artículo 849 1° 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.

    c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).” [↑](#footnote-ref-88)
89. Una aseveración manifestada ya en la primera sentencia que se ocupa de esta nueva modalidad, STS 210/2017, de 28 de marzo, 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: ES:TS:2017:1073, FD Primero, y que luego se ha ido reiterando, “Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 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.” Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 122/2019 de 8 Mar. 2019, Rec. 1472/2018 ECLI: ES:TS:2019:754, FD Segundo; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 101/2018 de 28 Feb. 2018, Rec. 10661/2017 ECLI: ES:TS:2018:650, FD Primero; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 794/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 725/2017 ECLI: ES:TS:2017:4536, FD Primero; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 588/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2222/2016 ECLI: ES:TS:2017:3041; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 369/2017 de 22 May. 2017, Rec. 2114/2016 ECLI: ES:TS:2017:2012, FD Segundo. [↑](#footnote-ref-89)
90. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 210/2017 de 28 Mar. 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: ES:TS:2017:1073, FFDD Segundo y ss., [↑](#footnote-ref-90)
91. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 327/2017 de 9 May. 2017, Rec. 2188/2016, ECLI: ES:TS:2017:1874, FFDD Segundo y ss. [↑](#footnote-ref-91)
92. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 794/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 725/2017 ECLI: ES:TS:2017:4536, FD Segundo. [↑](#footnote-ref-92)
93. Se rechaza al haberse alegado (parcialmente) el 849.2, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 602/2019 de 5 Dic. 2019, Rec. 2345/2018 ECLI: ES:TS:2019:3932. [↑](#footnote-ref-93)
94. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 217/2019 de 25 Abr. 2019, Rec. 1653/2018 ECLI: ES:TS:2019:1380. [↑](#footnote-ref-94)
95. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, Apartado IV.3.1.b), señala como causa de inadmisión de la casación, “d) Impugnar la interpretación del contrato sin atenerse a los requisitos establecidos por la jurisprudencia para el acceso al recurso de casación (ser la interpretación arbitraria, irrazonable, ilógica o contraria a un precepto legal).” [↑](#footnote-ref-95)
96. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 399/2019 de 24 Jul. 2019, Rec. 1394/2018, ECLI: *ES:*TS:2019:2613 [↑](#footnote-ref-96)
97. Acuerdo, Primero b), “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.” [↑](#footnote-ref-97)
98. “El valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento se manifiesta, también, en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación, (…)”, apartado IV de la Expos. de Motivos de la LOPJ. [↑](#footnote-ref-98)
99. VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Madrid, 2020, pp. 161 a 163. [↑](#footnote-ref-99)
100. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 137/2018 de 22 Mar. 2018, Rec. 1855/2017, ECLI: ES:TS:2018:973, “La amplitud de la expresión « en todo caso» con la que inicia su enunciado el art. 852 de la LECrim no debe llevar a equívocos. Sólo una interpretación descontextualizada de ese inciso permitiría ampliar lo que el legislador ha querido innegablemente restringir. La reforma -según se desprende de su Preámbulo- sólo generaliza la 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» . Al amparo de la locución « en todo caso» no puede interpretarse, con una visión microliteral de la norma, que cuanto se proclama de forma paladina en el Preámbulo de la ley y cuanto se refleja en los enunciados legales que han sido objeto de reforma, ha de quedar neutralizado por un precepto preexistente, concebido para una regulación que poco tenía que ver con la proyectada. Creemos, del mismo modo, que nada añade a la controversia el hecho de que el art. 792.4 de la LECrim, en la redacción dada por el Senado, aluda a que contra la sentencia dictada en apelación « ...sólo cabrá recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma en los supuestos previstos en el artículo 847» . Son esos supuestos, los predefinidos legalmente, no otros, los que permiten discernir qué tipo de impugnación casacional es viable.”

     Además añade que la intelección restrictiva está refrendada por la mayor flexibilidad en la inadmisión (a través de una providencia sucintamente motivada) frente a los restantes casos. [↑](#footnote-ref-100)
101. Si no fuera así, habría tenido que plantearse una autocuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 847.1.b) LECrim, art. 55.2 LOTC, mientras que en el FJ 7 de dicho Auto, ha sostenido, “Como ya expusimos antes (FJ 5), el mandato general explícito establecido en el artículo 5.4 LOPJ, según el cual en todos los casos en que, según la ley, procede recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional, respondía a la exigencia constitucional de satisfacer las necesidades de tutela judicial de los derechos fundamentales cuando no estuviera expresamente prevista en la ley, al tiempo que garantizaba el sometimiento del fallo y la pena impuesta a un tribunal superior. Dicho mandato no supuso la creación de recursos inexistentes, sino que era criterio de interpretación del régimen de recursos de casación ya previstos por la ley. Por lo tanto, una vez generalizada la doble instancia penal por la Ley 41/2015, el legislador no se encuentra limitado por el contenido de derecho fundamental alguno al definir los casos y supuestos en los que, en el ámbito penal, cabe acudir en casación.” [↑](#footnote-ref-101)
102. BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Pamplona, 2000, pp. 187 y ss. [↑](#footnote-ref-102)
103. BONET NAVARRO, J., “La revisión…”, *op. cit.,* p. 25, indicando que, en realidad, el art. 852 LECrim lo que hace es simplemente facilitar el acceso a casación de los quebrantos constitucionales. [↑](#footnote-ref-103)
104. BONET NAVARRO, J., “La revisión…”, *op. cit.,* p. 24. [↑](#footnote-ref-104)
105. Acuerdo, b) “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.” [↑](#footnote-ref-105)
106. Quien esté al tanto de la jurisprudencia del TS constatará la incontables ocasiones en que se mezcla la lesión del art. 849.1 LECrim con la presunción de inocencia, por ejemplo, STS núm. 587/2020 de 6 de noviembre, Rec. 10126/2020, ECLI: ES:TS:2020:3620, FD segundo (aunque en este caso en concreto sí se alegó la lesión del art. 24.2 CE). [↑](#footnote-ref-106)
107. Así ya se proclamó en la primera STS y luego se ha reiterado, “(…) el estricto error iuris (debate sobre la corrección de la subsunción jurídico-penal) lo que impone la aceptación incondicionada del relato fáctico de la sentencia impugnada (…)”, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 369/2017 de 22 Mayo 2017, Rec. 2114/2016 ECLI: ES:TS:2017:2012, FD Segundo; Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 327/2017 de 9 May. 2017, Rec. 2188/2016, ECLI: ES:TS:2017:1874, FD Primero. [↑](#footnote-ref-107)
108. “d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés ( artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: 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.” [↑](#footnote-ref-108)
109. Efectivamente, en varias ocasiones, en las primeras resoluciones, el TS ha transcrito literalmente el Acuerdo en su integridad, y consiguientemente también este aspecto, así por ejemplo, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 210/2017 de 28 Mar. 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: ES:TS:2017:1073, FD Primero. Aunque en otras ocasiones se ha limitado a transcribir el Acuerdo en lo atinente al interés casacional, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 327/2017 de 9 Mayo de 2017, Rec. 2188/2016, ECLI: ES:TS:2017:1874, FD Primero; STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 570/2017 de 17 Jul. 2017, Rec. 2116/2016 ECLI: ES:TS:2017:3033, FD Primero, [↑](#footnote-ref-109)
110. Se trata de uno de los requisitos que, evidentemente, hay que comprobar en cada recurso de suerte que su ausencia provoca la inadmisión o la desestimación, así más recientemente STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 290/2019 de 31 Mayo de 2019, Rec. 2198/2018 ECLI: *ES:TS:2019:1873.* [↑](#footnote-ref-110)
111. “en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido” (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3)”, STC 128/2014, FJ 2.c). [↑](#footnote-ref-111)
112. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 327/2017 de 9 Mayo de 2017, Rec. 2188/2016, ECLI: ES:TS:2017:1874, FD Primero; STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 369/2017 de 22 Mayo de 2017, Rec. 2114/2016 ECLI: ES:TS:2017:2012. [↑](#footnote-ref-112)
113. “No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada.” Apartado III.3.3, Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. [↑](#footnote-ref-113)
114. SÁNCHEZ MELGAR, J., *op. cit.* III. Interés casacional. [↑](#footnote-ref-114)
115. STS 586/2020 de 5 de noviembre, Rec. 4535/2019, ECLI:ES:TS:2020:3621, FFDD primero y segundo, aunque la reforma de la norma penal, (art. 305 CP) integrada por los preceptos de la LGT, no superaba los plazos en la sentencia se menciona, FD tercero, que no existía jurisprudencia acerca del precepto “(…) constatamos que el tema deducido en el recurso no ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial”. [↑](#footnote-ref-115)
116. Así por ejemplo en la STS 577/2020 de 4 de noviembre, Rec. 1108/2019, ECLI:ES:TS:2020:3648, FD segundo, se analiza si la fotocopia de un documento, sin alteración alguna, para emplearlo indebidamente por quien no es el titular, constituye un supuesto de falsificación documental. [↑](#footnote-ref-116)
117. Acuerdo de la Sala Primera…, ibidem. [↑](#footnote-ref-117)
118. STS de 9 de diciembre de 2015, Secc. 1, núm. de Recurso: 20576/2015, núm. de Resolución: 780/2015 y STS de 8 de marzo de 2019, 859/2019 - ECLI: ES:TS:2019:859, FD Segundo. [↑](#footnote-ref-118)
119. “El cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como dies a quo la fecha de su entrada en vigor y como dies ad quem la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento.” Acuerdo, *cit.* apartado III.3.3. [↑](#footnote-ref-119)
120. El TS declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el MF, no procediendo a entrar a resolver la presente cuestión planteada por haber sido objeto de decisión en Pleno jurisdiccional idéntico problema jurídico, remitiéndose en todo a la STS 369/2017 de 22 de mayo. Se trataba de la conducción sin permiso, sin haber obtenido nunca la licencia. [↑](#footnote-ref-120)
121. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 414/2019 de 24 Sep. 2019, Rec. 10267/2019 ECLI: ES:TS:2019:2906, FD segundo (aunque el art. 77 Cp se había modificado en 2015, no lo había sido en lo atinente al concurso ideal); STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 602/2019 de 5 Dic. 2019, Rec. 2345/2018 ECLI: ES:TS:2019:3932, FD segundo (el art. 468 Cp había entrado en vigor en 2005). [↑](#footnote-ref-121)
122. STS de 9 de diciembre de 2015, Secc. 1, núm. de Recurso: 20576/2015, núm. de Resolución: 780/2015,

     “Decisión El Tribunal que conozca de este recurso no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas por la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme la doctrina que estime aplicable.” [↑](#footnote-ref-122)
123. Artículo 745. “Interés casacional. 1. Los recursos de casación a que se refiere el artículo anterior solo podrán ser admitidos cuando merezcan un pronunciamiento sobre el fondo del Tribunal Supremo por razón de su interés casacional.” [↑](#footnote-ref-123)
124. Lo que se afirma en el apartado Apartado V Expos. de motiv. “Por otro lado, se pretende fortalecer el interés casacional, que es el que mejor simboliza la función social del Tribunal Supremo, como cauce único de acceso al recurso, pero simplificando su definición. Existirá interés casacional, sustantivo o procesal, cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia de la Sala Primera, o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente en el recurso de casación autonómico, resuelva una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia de dichos tribunales o haya pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales.”, resulta claramente incompleto cuando se coteja con el contenido de la versión del art. 477 LEC que se propone. [↑](#footnote-ref-124)
125. Basta una somera lectura, especialmente del apartado III del Acuerdo, así en III.3 se llega a proclamar, ante la “preocupación por la excesiva extensión de los recursos”, que “La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen.” Justo antes se señala que excederse “puede” suponer la inadmisión. [↑](#footnote-ref-125)
126. STS de 9 de diciembre de 2015, Secc. 1, núm. de Recurso: 20576/2015, núm. de Resolución: 780/2015

     “Preparación del recurso: El Tribunal a quo debe comprobar: a) Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina; b) Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y, c) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal a quo deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.”

     “Decisión (…) Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina en esta materia.”. [↑](#footnote-ref-126)
127. “e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).” [↑](#footnote-ref-127)
128. ATS (Penal), sec. 1ª, A 31-01-2019, rec. 20907/2018, Cendoj: 28079120012019200100, FD Único. [↑](#footnote-ref-128)
129. *Acuerdo..., op. cit.,* apartado IV. Causas de inadmisión. 1. Causas comunes. [↑](#footnote-ref-129)
130. “e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).” [↑](#footnote-ref-130)
131. De hecho, es salvo error nuestro, la segunda vez que se pronuncia sobre ello, STS Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 327/2017 de 9 Mayo 2017, Rec. 2188/2016, ECLI: ES:TS:2017:1874, FD Primero, “Esa estricta acotación puede producir algún problema de articulación con eventuales quejas que quisieran hacerse valer en amparo ante el TC y que, sin embargo, no pueden ser tratadas antes en casación. Corresponderá al TC pautar la forma de combinar y armonizar ambos tipos de pretensiones (bien permitiendo el paralelismo en la tramitación dada la diversidad de objetos y finalidades -lo que sería solución plausible, aunque seguramente reclamaría una previsión legal, en cuanto que la finalidad de este tipo de casación se alcanzaría en todo caso con independencia del final del asunto concreto-; bien obligando en esos caso a postergar la denuncia ante el TC sobre el derecho fundamental violado. No podría hacerse valer más que una vez resuelta la casación siempre que mediante ella no haya quedado sin contenido la queja.” [↑](#footnote-ref-131)
132. “Si se está persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que reclama reposición de las actuaciones al estado anterior a esa infracción, no cabe ver imposición irracional en la norma que excluye pretender al mismo tiempo una nueva sentencia, en vez de tal reposición de las actuaciones.” Expos. de motivos de la LEC, apartado XIV. [↑](#footnote-ref-132)
133. “Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesalmente y menos aún, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de Derecho sustantivo.” [↑](#footnote-ref-133)
134. “Cabe añadir que la interpretación de la reforma legal que analizamos no priva tampoco al Tribunal Supremo, en su condición de órgano superior en el orden jurisdiccional penal (art. 123.1 CE), de la posibilidad de pronunciarse sobre los aspectos procesales del enjuiciamiento, pues dicha facultad permanece abierta —exartículo 847.1 a) LECrim— en relación con las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Tampoco el justiciable ve cegada toda vía de alegación de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, pues en tales casos, agotada la vía judicial, puede acudir subsidiariamente en amparo en defensa de sus legítimas pretensiones de tutela.” [↑](#footnote-ref-134)
135. En la LEC, versión original, la estimación del extraordinario por infracción procesal dejaba sin contenido a la casación, porque de estimarse cualquier quebrantamiento de forma, *in iudicando* o *in procedendo*, acontecía la nulidad y el reenvío, art 476.2, que se deja sin efecto expresamente en el régimen transitorio vigente, núm. 2 Disp. final decimosexta. [↑](#footnote-ref-135)
136. Como se sabe, aunque se reconoce la posibilidad de adherirse, arts. 861, 873.2 y 874 *in fine* LECrim, en sentido estricto (no tratándose de un mero coadyuvante), el TS confiere, desde 2016, STS 841/2016, de 8 de noviembre STS 517/2016, naturaleza supeditada a la misma, a modo y semejanza de lo que sucede con la apelación del jurado, arts.  846 bis b), bis d) y bis e) LECrim. [↑](#footnote-ref-136)
137. La jurisprudencia se limita a transcribir y asumir las palabras de la Expo. de Mot. de la L 41/2015, “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…”, así por ejemplo, STS 547/2020 de 4 de noviembre, Rec. 166/2019, ECLI: ES:TS:2020:3653, FD segundo. [↑](#footnote-ref-137)
138. Y de hecho, había que diferenciar entre ellas a efectos de los recursos: así, por ejemplo, en la Ley de Enjuiciamiento de negocios y causas de comercio, 1830, tras distinguirlas, art. 94, en la apelación se señalaba en qué supuestos las impugnación de las sentencias interlocutoras provocaba los dos efectos, art. 389 (recusación, resolución de la excepción de incompetencia de jurisdicción, denegación de prueba o del término extraordinario de la misma) y en qué casos solo existía el efecto devolutivo, art. 390. Y la súplica o tercera instancia no cabía frente a las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia, art. 428. Mientras que la nulidad (antecedente de la casación) solo se concedía frente a las sentencias definitivas, art. 420. [↑](#footnote-ref-138)
139. Es verdad que la tercería de mejor derecho, frente a la de dominio, termina por sentencia, art. 620 LEC. Pero ello se debe a que más que un incidente, la tercería es un verdadero proceso mientras que la tercería de dominio se convierte en un incidente, apartado XVII Expos. de motiv. LEC. [↑](#footnote-ref-139)
140. Que, a su vez, aboca a la exclusión de las sentencias definitivas por terminación anticipada del proceso y su sustitución por autos definitivos, algo que también era habitual históricamente, así por ejemplo, art. 2, segundo a quinto de la Ley 1870 provisional sobre la casación en las causas criminales. Y en el mismo sentido puede comprobarse la redacción del art. 848 núms. 2 y 3 de la versión original de la LECrim en la que los autos han sustituido a las sentencias previstas en esos casos en el art. 792 2 y 3 de la Lecrim provisional de 1872 (sentencias de competencia y que estimaban artículos de previo pronunciamiento). [↑](#footnote-ref-140)
141. Desde las Partidas (“da fin a la principal demanda”), con antecedentes del derecho romano, se definía a la sentencia definitiva como aquella que resolvía la cuestión principal debatida. El gran dilema histórico, como se ha señalado, consistió en determinar cuándo las sentencias interlocutorias tenían acceso a los recursos (una constante dialéctica entre el derecho canónico que, por razones de equidad, consentía generalmente la recurribilidad en apelación, frente a la excepcionalidad del proceso civil y penal) y para ello se creó el concepto de sentencias interlocutorias “con fuerza de definitivas” junto a la de aquellas que provocaban un perjuicio de esa naturaleza, irreparable, como por ejemplo la aplicación del tormento o la excepción de incompetencia del tribunal. Sin embargo la Lec de 1855, la primera, altera el panorama consintiendo la apelación de las sentencias interlocutorias con carácter general. AIKIN ARALUCE, S., *op. cit.,* pp. 77 a 82. [↑](#footnote-ref-141)
142. Literalmente según las Partidas y el Espéculo, AIKIN ARALUCE, S., *op. cit.*, p. 78. [↑](#footnote-ref-142)
143. Conviene recordar que según la Lec de 1881 se entendía por sentencia definitiva a efectos de la casación, art. 1690.1.º, “Las que, recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación”. [↑](#footnote-ref-143)
144. Históricamente, al resolverse como se ha señalado algunos incidentes por sentencia en todo caso, así por ejemplo los artículos de previo pronunciamiento en la Lecrim provisional de 1872, art. 589, era posible que el proceso continuase si se desdeñaban, por lo que existían ciertamente sentencias interlocutorias en el doble sentido: resolvían incidentes y no ponían fin al pleito. [↑](#footnote-ref-144)
145. Que como se sabe no tiene por qué ser una sentencia ya que excepcionalmente caben pronunciamientos sobre el fondo contenidos en autos: los de sobreseimiento libre en lo penal, o los de satisfacción extraprocesal en lo civil, o incluso en los recursos extraordinarios cuando la inadmisión comporta un análisis del fondo como se ha señalado. [↑](#footnote-ref-145)
146. “Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo código, como había sido antes condenada por la ciencia, por la ley de 1872 y por compilación vigente. De esperar es que las disposiciones de la nueva ley sean bastante eficaces para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo a injerirse en forma más o menos disimulada en nuestras costumbres judiciales.” [↑](#footnote-ref-146)
147. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 210/2017 de 28 Mar. 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: E:TS:2017:1073, FD PRIMERO, “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”. [↑](#footnote-ref-147)
148. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 210/2017 de 28 Mar. 2017, Rec. 1859/2016 ECLI: E:TS:2017:1073, FD PRIMERO, “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 remiendo 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.” [↑](#footnote-ref-148)
149. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Auto 40/2018 de 13 Abr. 2018, Rec. 5151/2017 ECLI: ES:TC:2018:40ª FJ 5. “La segunda consideración tiene que ver, precisamente, con la naturaleza penal del recurso de casación inadmitido en el presente supuesto.

     Desde la aprobación de la Constitución, las exigencias de tutela judicial y protección de derechos fundamentales que de la misma dimanan, puestas en relación con la estructura de enjuiciamiento y recursos de nuestro ya centenario sistema procesal penal, han venido orientando la casación penal al cumplimiento de cometidos complementarios que han ido difuminando la función exclusivamente nomofiláctica que está en su origen histórico.” [↑](#footnote-ref-149)
150. “Tribunal Constitucional, Sala Primera, Auto 40/2018 de 13 Abr. 2018, Rec. 5151/2017 ECLI: ES:TC:2018:40ª FJ 5, (…) las disposiciones que regulan el recurso de casación requieren del intérprete "el entendimiento más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales afectados" (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

     Ya antes, en la citada STC 56/1982, para hacer efectivo el mandato de tutela judicial de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE), el Tribunal exigió reinterpretar las normas procesales reguladoras del recurso de casación penal apurando al máximo sus virtualidades "para obtener a través de él una eficaz protección del derecho a la presunción de inocencia" (FJ 2).” [↑](#footnote-ref-150)
151. Por si hubiera alguna duda, se afirma, ATC 40/2018, FJ 5, “Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido considerando ambos preceptos fundamento suficiente para la admisión a trámite de los recursos de casación que, presentados contra sentencias que eran recurribles, venían apoyados en la supuesta infracción de preceptos constitucionales. En definitiva, la doctrina constitucional expresada, que impuso al intérprete de las disposiciones que regulan el recurso de casación penal el entendimiento más favorable a la tutela jurídica de los derechos fundamentales afectados, encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar a toda persona declarada culpable de un delito, a través del recurso de casación, el ejercicio del derecho a una revisión del fallo por un Tribunal superior. La secuencia temporal expuesta permite también afirmar que esta misma doctrina está en el origen del mandato establecido en el artículo 5.4 LOPJ, y de su traducción específica en el artículo 852 LECrim.” [↑](#footnote-ref-151)
152. ATC 40/2018, FJ 5, “En consecuencia, superado aquel contexto procesal y establecida por el legislador la generalización de la doble instancia penal (art. 846 ter LECrim), el canon constitucional de enjuiciamiento de la pretensión de amparo, en cuanto se refiere a una sentencia dictada en apelación, no difiere en este caso del más genérico —antes descrito— que hemos establecido para examinar los presupuestos y requisitos de admisión del recurso de casación en el resto de los órdenes jurisdiccionales.” [↑](#footnote-ref-152)
153. Número Recurso: 2446/2016, Ecli: ES:TS:2017:2538. [↑](#footnote-ref-153)
154. Así, se cita y transcribe literalmente las afirmaciones de esa resolución, por ejemplo, STS de 04/07/2019, núm. 344/2019, núm. Recurso: 369/2019, FD Segundo; ATS 662/2019 de 27 Jun. 2019, Rec. 10706/2018; ATS 492/2019, de 25/04/2019, núm. procedimiento 10063/2019, FD Primero. [↑](#footnote-ref-154)
155. FD Primero, “Ahora, 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.

     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 sólo 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 ).” [↑](#footnote-ref-155)
156. Se transcriben las tres medidas que anuncia el legislador en el Apartado V del Preámbulo y se afirma, FD Primero, “De lo anterior resulta 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 inmediación la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento”. Y más adelante en el mismo FD, “El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008.” [↑](#footnote-ref-156)
157. FD Primero, “Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo , que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".” [↑](#footnote-ref-157)
158. FD primero, “En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.” [↑](#footnote-ref-158)
159. Es el argumento empleado en el núm. 4 de la Circular nº 1/2018 de Fiscalía General del Estado, 1 de Junio de 2018, “Sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal”, para explicar que la preparación de la casación corresponde a los fiscales de la CCAA. [↑](#footnote-ref-159)
160. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1265/2004 de 2 Nov. 2004, Rec. 958/2003, FD séptimo, donde, en consecuencia, además se plantea el problema de la presencia del acusado y la necesidad de su citación personal, dado que las actuaciones van a corresponder a sus representantes, por lo que colige que incluso tendrá que sentarse entre el público. [↑](#footnote-ref-160)
161. SSTS 851/99, de 31 Mayo; 956/2000 de 24 Jul. 2000, Rec. 1455/1999, FD cuarto. [↑](#footnote-ref-161)
162. ATS de 31 Ene. 2001, Rec. 1538/1999, Razonamientos Jurídicos, Recurso de J.B.C.M;B). [↑](#footnote-ref-162)
163. SSTS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 255/2007; 717/2009 de 17 de Mayo y 1249/2009 de 9 de Diciembre; 310/2014 de 27 de marzo; Sentencia 838/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 10517/2014, FD séptimo. Y así se reafirma más concretamente en el caso de las inferencias realizadas en el veredicto en SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003. [↑](#footnote-ref-163)
164. STS Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 138/2005 de 15 Feb. 2005, Rec. 785/2003, FD Segundo, (examen directo del veredicto para constatar su fundamentación). [↑](#footnote-ref-164)
165. STS, Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 25/2013 de 16 enero. RJ 2013\3503 ECLI: ECLI:ES:TS:2013:284, Recurso de Casación núm. 10889/2012. [↑](#footnote-ref-165)
166. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1096/2001 de 11 Jun. 2001, Rec. 488/2000, FD, Tercero, “Tales elementos indiciarios aparecen acreditados por pruebas directas, que se señalan en el Fundamento Séptimo de la sentencia del Jurado, que esta Sala ha podido constatar mediante el examen de las actuaciones…”. [↑](#footnote-ref-166)
167. SSTS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 153/2013 de 6 Mar. 2013, Rec. 665/2012; ECLI: ES:TS:2013:1158, FD Segundo; Sentencia 838/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 10517/2014; ECLI: ES:TS:2014:5083, FD Segundo. [↑](#footnote-ref-167)
168. STS Sala de lo Penal, Sección1ª, Sentencia núm. 573/2015 de 6 octubre. RJ 2015\4404; FD Primero. [↑](#footnote-ref-168)
169. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 514/2016 de 13 Jun. 2016, Rec. 10043/2016, ECLI: ES:TS:2016:2719, FD primero. [↑](#footnote-ref-169)
170. STS Sentencia núm. 573/2015 de 6 octubre. RJ 2015\4404; ECLI: ES:TS:2016:5695, FD primero. [↑](#footnote-ref-170)
171. STS Sala de lo Penal, Sección1ª, Sentencia núm. 805/2015 de 17 diciembre. RJ 2015\5733 ECLI: ECLI:ES:TS:2015:5456; de forma semejante aunque también se refiere al contenido de la sentencia del jurado, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 889/2016 de 25 Nov. 2016, Rec. 10227/2016. [↑](#footnote-ref-171)
172. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 410/2018 de 19 Sep. 2018, Rec. 10059/2018 ECLI: ES:TS:2018:3158, ECLI: ES:TS:2018:3158FD segundo, “Si bien, en todo caso, conviene recordar con las SSTS 299/2018 de 19 de junio , 151/2014 de 4 marzo ó 310/2014 de 27 marzo , entre otras que "el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". [↑](#footnote-ref-172)
173. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 410/2018 de 19 Sep. 2018, Rec. 10059/2018 ECLI: ES:TS:2018:3158, FD Segundo. Sobre la posibilidad de controlar a través del 24.1 CE, la racionalidad del fallo del TSJ que estimó la lesión de la presunción de inocencia, STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1289/2005 de 10 Nov. 2005, Rec. 53/2005, FD seguno. [↑](#footnote-ref-173)
174. STS Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 246/2019 de 13 Mayo 2019, Rec. 10646/2018, ECLI: ES:TS:2019:1573, FD Primero. [↑](#footnote-ref-174)
175. ATS Sala Segunda, de lo Penal, Auto 172/2019 de 24 Ene. 2019, Rec. 10557/2018, ECLI: ES:TS:2019:1868A. [↑](#footnote-ref-175)
176. FD Primero, “En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, 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.” Premisa de la STS 476/2017, reiterada literalmente innumerables veces, por ejemplo AATS 768/2020 de 5 de noviembre, Rec. 10377/2020, ECLI: ES:TS:2020:1032A, FD único, B); de la misma fecha y homóloga fundamentación, ATS 751/2020, Rec. 447/2020, ECLI: ES:TS:2020:10006A, y ATS 770/2020, Rec. 10091/2020, ECLI: ES:TS:2020:9995A. [↑](#footnote-ref-176)
177. STS 582/2020 de 5 de noviembre, Rec. 10073/2020, ECLI: ES:TS:2020:3726, FD segundo, “El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos.” [↑](#footnote-ref-177)
178. “En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae 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. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos 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, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.” [↑](#footnote-ref-178)
179. AATS, 650/2020 de 16 de julio, Rec. 1006/2020, ECLI: ES:TS:2020:7471A, FD segundo, que se transcribe literalmente en idéntica fecha en el ATS 642/2020, Rec. 10766/2019, ECLI: ES:TS:2020:7472A, FD primero B); 771/2020 de 22 de octubre, Rec. 1669/2020, ECLI: ES:TS:2020:10009A, FD primero B). [↑](#footnote-ref-179)
180. “Tiene dicho esta Sala en la STS núm 951/99 de 14 de junio de 1999, que ^…el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.^ Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación o percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia”, STS de 11 de enero 2017, Secc. 1ª, núm 987/2016, ECLI:ES:TS.2017:48, FD primero. [↑](#footnote-ref-180)
181. Basta la cita de algunas sentencias para constatar cómo se accedía directamente a la documentación de los medios de prueba, SSTS 93/2017 de 16 de febrero, Rec. 617/2016, ECLI: ES:TS:2017:465; [↑](#footnote-ref-181)
182. “La función de esta Sala, en la actuación del control casacional del derecho a la presunción de inocencia no puede limitarse a constatar –decíamos en nuestra STS 190/2015, 6 de abril, con cita de la STS 49/2008, 25 de febrero- la coherencia del *factum*  en su dimensión exclusivamente formal, en lo que tiene de narración, más o menos certera de un suceso histórico. Por el contrario, ha de extender su conocimiento al grado de racionalidad que ese juicio histórico presenta frente al resultado material de la prueba practicada. El control del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra su suficiencia.”, STS 15 de noviembre de 2017, Secc. 1ª, núm. 736/2016, FD primero 2.1. [↑](#footnote-ref-182)
183. Así por ejemplo, la STS 591/2020 de 11 de noviembre, Rec. 267/2019, ECLI: ES:TS:2020:3807, FD primero,2. [↑](#footnote-ref-183)
184. “Sin embargo, de la grabación de la vista oral, que el Tribunal ha examinado al amparo del art. 889 de la LECrim, se desprende que…”, STS, Sección 1ª, núm. 703/2018 de 14 de enero, RJ 2019\48, FD primero. [↑](#footnote-ref-184)
185. La STS 594/2020 de 11 de noviembre, Rec. 10689/2019, ECLI: ES:TS:2020:3689, FD primero, reitera la explicada doctrina del TS pero, apartado 3, analiza directamente la sentencia de la AP (jurado), es más, afirma, apartado 4, “Además, este Tribunal de casación, en uso de la facultad que le posibilita el art. 889 LECrim, ha examinado los autos donde obra el informe de Urgencias del Hospital Universitario de Valencia, inserto en el organigrama de la Generalitat, donde…”. También resulta evidente que se acude al fallo de la primera instancia en SSTS 422/2020 de 23 Jul. 2020, Rec. 10728/2019, ECLI: ES:TS:2020:2636, FFDD segundo y tercero; STS 600/2020 de 12 Nov. 2020, Rec. 10264/2020 ECLI: ES:TS:2020:3759, FD sexto; STS 598/2020 de 12 Nov. 2020, Rec. 10131/2020 ECLI: ES:TS:2020:3665 FD segundo; ATS 746/2020 de 5 Nov. 2020, Rec. 10195/2020, ECLI: ES:TS:2020:9986A. [↑](#footnote-ref-185)
186. AATS, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 770/2020 de 5 Nov. 2020, Rec. 10091/2020, ECLI: ES:TS:2020:9995A, único C); Auto 770/2020 de 5 Nov. 2020, Rec. 10091/2020, ECLI: ES:TS:2020:9995A, FD único C); Auto 689/2020 de 30 Jul. 2020, Rec. 269/2020, ECLI: ES:TS:2020:8087A, FD primero C); Auto 740/2020 de 22 Oct. 2020, Rec. 2481/2020, ECLI: ES:TS:2020:9375A, FD primero C); Auto 739/2020 de 22 Oct. 2020, Rec. 1056/2020, ECLI: ES:TS:2020:9332A, FD primero; Auto 684/2020 de 10 Sep. 2020, Rec. 5472/2019, ECLI: ES:TS:2020:8089A, FD primero C); Auto 595/2020 de 16 Jul. 2020, Rec. 4818/2019, ECLI: ES:TS:2020:5835A, FD segundo C); Auto 688/2020 de 30 Jul. 2020, Rec. 10186/2020, ECLI: ES:TS:2020:8058A, FD primero C); Auto 553/2020 de 9 Jul. 2020, Rec. 716/2020, ECLI: ES:TS:2020:6043A, primero C); Auto 620/2020 de 30 Jul. 2020, Rec. 1106/2020, ECLI: ES:TS:2020:7772A, primero C); Auto 620/2020 de 30 Jul. 2020, Rec. 1106/2020, ECLI: ES:TS:2020:7772A, FD primero C); Auto 773/2020 de 29 Oct. 2020, Rec. 10346/2020, ECLI: ES:TS:2020:10056A, FD primero C); Auto 535/2020 de 23 Jul. 2020, Rec. 10151/2020, ECLI: ES:TS:2020:6061A, FD primero C); Auto 687/2020 de 10 Sep. 2020, Rec. 5203/2019, ECLI: ES:TS:2020:8932A, FD primero C); Auto 711/2020 de 15 Oct. 2020, Rec. 10333/2020, ECLI: ES:TS:2020:9300A, FD primero C); Auto 625/2020 de 10 Sep. 2020, Rec. 10194/2020, ECLI: ES:TS:2020:7726A, FD primero C); Auto 554/2020 de 9 Jul. 2020, Rec. 4796/2019, ECLI: ES:TS:2020:6042A, FD único C); Auto 624/2020 de 30 Jul. 2020, Rec. 998/2020, ECLI: ES:TS:2020:7465A, FD primero C); Auto 765/2020 de 29 Oct. 2020, Rec. 10076/2020, ECLI: ES:TS:2020:10001A, FD primero C); Auto 596/2020 de 23 Jul. 2020, Rec. 5684/2019, ECLI: ES:TS:2020:6263A, FD primero C); Auto 714/2020 de 8 Oct. 2020, Rec. 949/2020, ECLI: ES:TS:2020:9378A, FD primero C); Auto 682/2020 de 10 Sep. 2020, Rec. 10158/2020, ECLI: ES:TS:2020:8084A, FD primero C). [↑](#footnote-ref-186)
187. Así por ejemplo, SSTS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 418/2020 de 21 Jul. 2020, Rec. 10703/2019 ECLI: ES:TS:2020:2481, FD cuarto, pero en el núm.6 hay una referencia directa a la sentencia de primera instancia (jurado); Sentencia 578/2020 de 4 Nov. 2020, Rec. 10099/2020 ECLI: ES:TS:2020:3695, FD primero 3; Sentencia 452/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 10187/2020, ECLI: ES:TS:2020:3011, FD primero 2; Sentencia 372/2020 de 3 Jul. 2020, Rec. 10638/2019, ECLI: ES:TS:2020:2245, FD primero 3; Sentencia 246/2019 de 13 May. 2019, Rec. 10646/2018, ECLI: ES:TS:2019:1573; Sentencia 606/2020 de 13 Nov. 2020, Rec. 10268/2020, ECLI: ES:TS:2020:3755, FD segundo; Sentencia 602/2020 de 12 Nov. 2020, Rec. 10255/2020, ECLI: ES:TS:2020:3666 FD primero. Esta concienzuda pormenorización no acontece tan solo en las SSTS sino que también se da en los AATS de inadmisión, por eso, como se ha señalado, a estos efectos tienen el mismo contenido que una sentencia; a modo indicativo: Auto 769/2020 de 5 Nov. 2020, Rec. 1738/2020, ECLI: ES:TS:2020:9793A, Auto 770/2020 de 5 Nov. 2020, Rec. 10091/2020, ECLI: ES:TS:2020:9995A, Auto 172/2019 de 24 Ene. 2019, Rec. 10557/2018, ECLI: ES:TS:2019:1868A. [↑](#footnote-ref-187)
188. AATS, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1152/2004 de 20 Jul. 2004, Rec. 2508/2003, Razonamiento Jurídico, segundo; Auto 442/2006 de 9 Feb. 2006, Rec. 403/2005, Razonamiento Jurídico, primero; Auto 442/2006 de 9 Feb. 2006, Rec. 403/2005, Razonamiento Jurídico, cuarto. [↑](#footnote-ref-188)
189. “Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM.” Y a partir de aquí se suceden la inadmisión por auto de la presunción de inocencia; así y solo a modo de ejemplo, AATS núm. 49/2019 de 10 enero. RJ 2019\144, ECLI:ES:TS:2019:535A; de 12/01/2017, núm. 178/2017, Numroj: ATS 639/2017 Ecli: ES:TS:2017:639A, FD único; de 12/01/2017, núm 183/2017, Numroj: ATS 621/2017,Ecli: ES:TS:2017:621A; de 12/01/2017, núm.162/2017, Numroj: ATS 638/2017, Ecli: ES:TS:2017:638A, FD primero; de 12/01/2017, núm. 240/2017, Numroj: ATS 1253/2017, Ecli: ES:TS:2017:1253A, FD primero A; de 12/01/2017, núm. 230/2017, Numroj: ATS 1255/2017, Ecli: ES:TS:2017:1255A, FD primero B; de 12/01/2017, núm. 157/2017, Numroj: ATS 641/2017, Ecli: ES:TS:2017:641A,FD único B; de 12/01/2017, núm. 161/2017, Numroj: ATS 647/2017, Ecli: ES:TS:2017:647A , FD segundo B; de 12/01/2017, núm. 185/2017, Numroj: ATS 646/2017, Ecli: ES:TS:2017:646A , Recurso Abelardo FD quinto (remite a la citada), de 12/01/2017, núm. 116/2017,

     Numroj: ATS 538/2017, Ecli: ES:TS:2017:538A, FD primero B; de 12/01/2017, núm. 166/2017, Numroj: ATS 648/2017, Ecli: ES:TS:2017:648A, FD único B. [↑](#footnote-ref-189)
190. ATS 768/2020 de 5 de noviembre, Rec. 10377/2020, ECLI: ES:TS:2020:10006A, FD único, C) en el que se afirma que “la cuestión carece de relevancia constitucional” al alegar el recurrente el art. 849.2 LECrim por no haberse tomado en consideración la existencia de atenuantes que en el auto se analizan (tras haber examinado la declaración de hechos probados de la AP) y a los que se niega la cualidad requerida para estimar dicho motivo, tratándose, en realidad, de una nueva valoración de la prueba. [↑](#footnote-ref-190)
191. FD Primero, “Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero 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.”. Argumentación seguida desde entonces, por ejemplo, AATS, Auto 460/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 4772/2019, ECLI:ES:TS:2020:4763ª, FD primero; 662/2019 de 27 Jun. 2019, Rec. 10706/2018, ECLI: ES:TS:2019:7602ª, FD Primero; ATS 492/2019, 25/04/2019, núm. Procedimiento: 10063/2019; ATS

     504/2019, 25/04/2019, núm. del procedimiento: 4088/2018, FD Primero B); ATS 288/2020, 12/03/2020, rec. 10429/2019 FD Primero, IdCendoj: 28079120012020200299; ATS, 270/2020, 20/02/2020, rec. 10726/2019, IdCendoj: 28079120012020200267, FD Primero. [↑](#footnote-ref-191)
192. “(…) 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 desarrolladas 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.”, STS, Sección 1ª, núm. 707/2018 de 15 de enero, RJ 2019\64, ECLI:ES:TS: 2019:67, FD primero. [↑](#footnote-ref-192)
193. STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD décimo tercero, “Pero en un recurso extraordinario como es la casación esas exigencias formales pueden encontrar mayor espacio, siempre -obviamente- que aparezcan vinculadas a fines materiales. Esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre). Ha de reseñarse, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera acorde con las exigencias del Convenio un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto Mohr v. Luxemburgo; y Decisión de igual fecha recaída en el asunto De Virgilis v. Italia o STEDH de 8 de diciembre de 2016 , Fride LLC v. Ucrania ). No sobra, por ello, alentar a los profesionales a extremar el esfuerzo por ajustarse a tales previsiones legales pues responden a rectas finalidades. La flexibilidad que impone el derecho de acceso a los tribunales y el favor actionis no pueden convertirse en estímulo o coartada de una actitud de desprecio o desdén frente a esos requisitos”. Cuestión que se reproduce en el FD vigésimo primero. [↑](#footnote-ref-193)
194. Una perfecta síntesis de la doctrina jurisprudencial: STS 735/2018 de 1 Feb. 2019, Rec. 2963/2017,

     ECLI: ES:TS:2019:268 FD SEGUNDO.-“ No sin cierto desorden procesal amontona el recurrente varias quejas en diversos motivos que se solapan generando cierta mescolanza que obliga a diseccionar los distintos argumentos esgrimidos para reformatear el recurso. Se omite, además, el breve extracto que debe preceder a cada motivo según exige la regulación legal (art. 875 LECrim). El art. 884.4 LECrim podría sustentar también una respuesta de inadmisión ante esos defectos. El Tribunal, no obstante, ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM , o de 11 de octubre de 2016, asunto ZUBAC ; y SSTS 705/2012, de 27 de septiembre ó 137/2017, de 2 de marzo ). Tampoco sería proporcionada tan contundente respuesta ante defectos que no enturbian la inteligibilidad del recurso. En cualquier caso (por todas, STS 377/2016, de 3 de mayo), ni podemos desdeñar las exigencias formales (consignación de un breve extracto que compendie la petición; congruencia entre la preparación y la formalización; debida separación de motivos...), en cuya base se encuentran razones fundadas (como facilitar la efectividad del principio de contradicción); ni esa flexibilidad puede llevarnos a desvirtuar los rasgos maestros que nuestra legislación atribuye al recurso de casación. Las previsiones de alcance predominantemente formal no pueden degenerar en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido, lo que contrariaría el principio pro actione (artículo 11.3 LOPJ); pero en un recurso extraordinario como es la casación pueden desempeñar cierto papel no baladí si se mantienen vinculadas a fines materiales. Esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre). No obstante no sobra reseñar que la jurisprudencia del TEDH estima ajustado a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE). Son insuficientes los defectos apuntados para justificar una respuesta tan drástica como sería la inadmisión. El recurso, más allá de cierta promiscuidad procesal, contiene pretensiones identificables e individualizables y razonadas, aunque hayan sido improcedentemente yuxtapuestas, solapadas, o entremezcladas en seis motivos que no siempre son estancos. (STS 193/2017, de 24 de marzo) y aunque se haya prescindido del breve extracto que debiera encabezarlos intentando su contenido.” Y más recientemente, STS 600/2020 de 12 Nov. 2020, Rec. 10264/2020 ECLI: ES:TS:2020:3759, FD cuarto “- En la formalización de este recurso de casación se exponen distintas quejas casacionales, que el Ministerio Fiscal ha condensado en infracciones de ley, y que, en realidad, se refieren también a otros aspectos combatidos de la sentencia recurrida, aunque sin un adecuado orden expositivo ni cita del artículo que autoriza el correspondiente motivo del recurso, breve extracto de su contenido y desarrollo propiamente del mismo, sino que el autor del recurso lo que hace es lanzar diversas censuras casacionales, que en virtud del principio pro actione procederemos a su estudio y resolución.” [↑](#footnote-ref-194)
195. En realidad constituía una acción declarativa fundada exclusivamente en vicios de forma [↑](#footnote-ref-195)
196. Indudablemente el criterio para deslindar el recurso ordinario del extraordinario es también algo variable, así incluso se ha llegado a emplear como rasgo distintivo el tribunal destinatario del mismo, como se hacía en el caso de la nulidad resultante de la constitución de Cádiz: «porque se interpone fuera del territorio de cada Audiencia y ante un tribunal diferente del de provincia, haciendo en este punto una excepción a la regla general que establece que haya cierta subordinación de los tribunales provinciales al Supremo de Justicia, centro de la autoridad judicial», Agustín de Argüelles, el “Divino”, uno de los padres de la Constitución de 1812 (Secretario de la Junta de Legislación), y que luchó por la exclusión de la prueba de tormento, recogido por PINO ABAD, M., “El recurso de injusticia notoria (1700-1868)”, AHDE, tomo LXXX, 2010 p. 665. E incluso en otros ordenamientos se entiende que es extraordinario aquel recurso que permite revocar la cosa juzgada, ROXIN, C., SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, p. 638. [↑](#footnote-ref-196)
197. Acerca de la complejidad del sistema castellano que exigía, tal y como se reconoce en las Partidas, tres sentencias, lo que comportaba dos alzadas, y sobre la segunda suplicación, con la trascendencia de la legislación procesal de los Reyes Católicos respecto esta atribución del Consejo Real, y su ampliación y conversión de un recurso restrictivo, extraordinario, inicial hacia otro mucho más abierto a partir del S. XVIII, SÁNCHEZ ARANDA, A., *El recurso de segunda suplicación… op. cit.*  [↑](#footnote-ref-197)
198. “(…) el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*.” STC 230/2001. [↑](#footnote-ref-198)
199. En ellos se permitía una nueva revisión, fáctica y jurídica, de la sentencia, sin nuevas pruebas, aunque la práctica seguida por el Consejo, apartándose de la legislación, consistió en admitirlas siempre que las partes jurasen que no las conocían previamente, PINO ABAD, M., *op. cit.,* pp. 650 y 651, y SÁNCHEZ ARANDA, A., *El recurso de segunda suplicación… op. cit.,* p. 205.

     ACEDO RUICO, J., quien firmaba sus trabajos como EL CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales,* Madrid*,* 1794, tomo I, parte III, capítulo V, núm. 47, p. 531: “A esto se ocurrió justamente con las providencias acordadas de que se vean los pleytos por los mismos autos del proceso sin nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, ni otro remedio alguno; pero no se descubre objeto de interés público ni particular en que los Jueces no vean el proceso con íntima reflexión, para buscar y hallar la verdad, y asegurarse de ella por todos los medios posibles, procediendo en este caso á declararla con recta administracion de justicia.” Parte III, capítulo V, núm.9, p. 519. [↑](#footnote-ref-199)
200. Aunque con los siglos sufrió importantes cambios, la suplicación fue desde el principio un recurso extraordinario: una gracia del monarca que decidía cuándo lo admitía para revocar sentencias firmes que habían agotado la vía ordinaria, PINO ABAD, M., El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia, Madrid-Barcelona, 2006. [↑](#footnote-ref-200)
201. En 1834 se había manifestado la intención de suprimirlos pero al tener que regularse el recurso de nulidad (que iba a sustituirlos) mediante ley y resultar insuficiente el Decreto, no pudo llevarse a cabo (en 1835 el poder legislativo residía juntamente en los Estamentos y en poder Real: “ninguno podía hacer por sí solo leyes”), “Nuevas Observaciones al Reglamento provisional de Administración de Justicia” Artículo LXVIII, *Boletín de Jurisprudencia y Legislación, Tercera Serie, Vol. III*, imprenta de Pedro Mora y Soler, 1843, pp. 385 y 386.

     En realidad, como se sabe, la supresión de esos recursos extraordinarios estaba prevista en el art. 261 de la Constitución de 1812, al disponer la posibilidad de interponer únicamente el recurso de nulidad (frente a las sentencias en última instancia de las Audiencias) que allí se estipulaba. En los trabajos de la Comisión, 1811, resultan elocuentes las manifestaciones de sus integrantes (Argüelles, Luján…) en favor de eliminarlos. Sin embargo, el retorno de Fernando VII truncó dicha intención y permitió la pervivencia de la Novísima Recopilación que regulaba aquellos. Ahora bien, al restablecerse la Constitución de 1812 en 1836, se amplió, objetivamente, la habilitación al Tribunal Supremo (que se había creado en 1834) para que, transitoriamente, siguiera conociendo de aquellos recursos de segunda suplicación e injusticia notoria que se habían interpuesto estando en vigor el sistema castellano tradicional. Solo con el Decreto de unificación de fueros de 1868, se acabaría con ese reducto. PINO ABAD, M., *El recurso de injusticia …, op. cit.,* pp. 664 y ss.

     De hecho el propio Tribunal Supremo lo había solicitado ya “que de no hacerlo así se resiente el filosófico principio de legislación que condena la retroacción de las leyes.” Exposición a Su Majestad la Reina Gobernadora, del Decreto de 4 noviembre de 1838, publicado en la Gaceta de Madrid, nº 1451, de 6 de noviembre de 1838, martes, <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1838/1451/A00001-00001.pdf> [↑](#footnote-ref-201)
202. Sobre la evolución y naturaleza de dichos tribunales, así como acerca de la evolución de la casación francesa como mecanismo para controlar el poder judicial a la de unificar la jurisprudencia (con el reconocimiento del poder de interpretar la ley (interpretación jurisprudencial, porque la auténtica correspondía al legislativo), a través de las infracciones de ley sustantiva y de algunos quebrantamientos de forma que comportaban la nulidad, HUALDE LÓPEZ, I., “Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 161-214 , www.uc3m.es/cdt - DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3618 [↑](#footnote-ref-202)
203. También en: STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD Cuarto. [↑](#footnote-ref-203)
204. La jurisprudencia ordinaria se suele referir a ella como una modalidad de la incongruencia, por *infra petita*, así por ejemplo SAP de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 55/2015 de 5 Feb. 2015, Rec. 846/2014, ECLI: ES: APMU: 2015:282*,* FD 2º. Sin embargo, se trata de una infracción procesal diferente: en ella, lo que quiebra es el deber de pronunciarse sobre el fondo si se cumplen las exigencias procesales, art. 24.1 CE, mientras que en la incongruencia *strictu sensu* (*ultra vel extra petita*) acontece una mutación del objeto planteado por las partes, quebranto del derecho al juez imparcial, art. 24.2 CE, así como del principio de contradicción, art. 24.1 CE, si las partes no tuvieron ocasión de defenderse (lo que no necesariamente tiene por qué ocurrir: *e.g.* un proceso penal en el que la mutación del objeto acontece después de plantear la tesis, art. 733 LECrim), además de la infracción del principio dispositivo si este está en liza en atención a la naturaleza de los derechos e intereses materiales. En cualquier caso, *infra*, es verdad que en ocasiones pueden solaparse: si el tribunal se pronuncia sobre cosa distinta no porque desdeñe el planteamiento de las partes sino porque ignora por completo el que se le suscitó; *e.g.* se solicita la declaración de nulidad de una cláusula por un motivo y el tribunal la estima o desestima por otro, sin razonar nada acerca de la causa de nulidad esgrimida.

     La distinción que hacemos se funda en la que realiza DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil, (El proceso de declaración)*,Madrid, 2004, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., pp. 404 y ss., aunque elevándola al plano de constitucionalidad (mutación objeto-derecho al juez imparcial), porque el mencionado autor fundamenta el deber de congruencia en sentido estricto, exclusivamente en el principio dispositivo. Además tampoco comparte nuestra perspectiva del solapamiento que puede acontecer en ocasiones (para dicho autor la omisión de pronunciamiento implica una ausencia absoluta del mismo). Por nuestra parte, admitimos la concurrencia de ambas infracciones en atención a los dos derechos fundamentales diferentes procesales lesionados (tutela judicial efectiva y derecho al juez imparcial). [↑](#footnote-ref-204)
205. Así, por ejemplo y recientemente, “Por ello considera el TC indudable *la configuración del recurso de casación como un remedio procesal extraordinario, con fundamento en motivos tasados numerus clausus, y cuya admisibilidad queda sometida, no sólo a los requisitos meramente extrínsecos -tiempo y forma- y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza (SSTC n.º 37/1995, de 7 de febrero; 125/1997, de 1 de julio y 89/2002, de 22 de abril).*”, Circular 1/20 FGE, Sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil, 1. Introducción. Un texto que también se reproduce en el ATC 40/2018, FJ 4 b) y en el que complemente la cita de su jurisprudencia (SSTC [248/2005, de 10 de octubre](javascript:Redirection('JU0002101509_Vigente.HTML')), FJ 2; [100/2009, de 27 de abril](javascript:Redirection('JU0003390822_Vigente.HTML')), FJ 4, y [35/2011, de 28 de marzo](javascript:Redirection('JU0004128174_Vigente.HTML')), FJ 3).

     Lo decisivo es que el TC reconoce que el carácter extraordinario de la casación también en los aspectos internos o sustantivos, pero sobre ellos guarda silencio o no los singulariza suficientemente. [↑](#footnote-ref-205)
206. Un listado de causas que no solo eran vicios formales, aunque fueran la mayoría, sino que también incluían los de ley sustantiva (aunque fuera de forma restrictiva); al final solo se incluyó el error de derecho respecto del *ius constitutionis* (inexistencia de la norma que comportaba nulidad *ipso iure*) y no el error de hecho y de derecho relativo al *ius litigatoris* (derechos subjetivos de las partes) que se incluían en la apelación, AIKIN ARALUCE, S., *op. cit.*, p. 72. [↑](#footnote-ref-206)
207. El listado de infracciones de “las leyes de enjuiciamiento”, siete, contenidas en el art. 4, coincide casi exactamente, salvo la número 6 (denegación de la súplica), con las del art. 96 del RD de 1852, *infra.* [↑](#footnote-ref-207)
208. Art. 96. “El recurso de Casación para el Tribunal Supremo tendrá lugar cuando el fallo definitivo dictado en apelación sea contrario a la ley. También tendrá lugar dicho recurso contra el mismo fallo cuando se hayan quebrantado en la causa en primera y segunda instancia las reglas del enjuiciamiento: 1° Por defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que deban ser citados al juicio. 2.° Por falta de personalidades o poder suficiente para, comparecer como partes en el juicio. 3.º Por defecto de citación para la sentencia, y para toda diligencia probatoria. 4. ° Por no haberse recibido la causa a prueba, debiéndose recibir, o no haberse permitido a las partes hacer la prueba que hayan solicitado, siendo conducente y admisible. 5. ° Por no haberse notificado el auto de prueba o la sentencia definitiva entiempo y forma. 6.° Por haberse dictado la sentencia, por un número de jueces menor que el señalado por la ley. 7° Por incompetencia de jurisdicción. *Observaciones acerca del Real Decreto de 20 de Junio de 1852 Sobre Jurisdicción dé Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, acerca del Real Decreto de 20 de Junio de 1852*, p. 232.” Y respecto de ellos dice el comentarista, p. 255, “Tiene lugar también el recurso de casación en los siete casos que enumera el art. 96, todos los que producen nulidad de la sentencia y de todo lo actuado, desde el estado en que se cometió el vicio de enjuiciamiento.” [↑](#footnote-ref-208)
209. El art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, señalaba: “Puede igualmente fundarse en cualquiera de las causas siguientes: -- 205 — 1." Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias de los que debieran haber sido citados para el juicio. 2. Falta de personalidad en el litigante o en el Procurador que lo haya representado. 5. Falta de citación para sentencia en cualquiera de las instancias. 4. Falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias, cuando proceda con arreglo á derecho. 5.a Falta de citacion para alguna diligencia de prueba, que haya podido producir indefension. 6. Denegacion de cualquier diligencia de prueba admisible segun las leves, y cuya falta haya podido producir indefensión. 7. Incompetencia de jurisdicción, en los casos en que no hay, sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto. 8. Haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces, cuya recusación intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado siendo procedente. 9. Haberse dictado la sentencia por menor número de Jueces del señalado por la ley. [↑](#footnote-ref-209)
210. Ya se ha explicado en otro lugar que incluso al reducir al máximo el número de motivos, como sucede con el art. 469.1 LEC, que los reduce a cuatro, se produce el solapamiento: 1º) la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva, no puede dejar de ser a su vez: a) un supuesto de nulidad absoluta expresamente previsto, arts. 238.1 LOPJ y 225.1º LEC; b) la infracción de un precepto procesal con trascendencia; c) el quebranto del juez ordinario predeterminado por la ley, art. 24.2 CE; 2º) la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por su parte, también es: a) la infracción de una norma y garantía del proceso con trascendencia; b) el quebranto de la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, ya se trate de incongruencia, de arbitrariedad o de omisión de pronunciamiento o bien de falta de fundamentación. Y, a la par, en la mayoría de los casos también existirá el solapamiento entre el plano de legalidad, 3º) infracción de las normas legales de los actos y garantías procesales que conllevan nulidad o indefensión y 4º) lesión del art. 24 CE; aunque en algún supuesto será posible que la nulidad contemplada en el plano de legalidad no trascienda al de constitucionalidad (*e.g.*, el escrito firmado por quien es abogado no ejerciente en la actualidad cuando lo ha sido durante un largo periodo, art. 225.4º LEC y 238.4º LOPJ) [↑](#footnote-ref-210)
211. Explica GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Tratado Académico-Forense de los procedimientos judiciales*, Vol. II, 1855, reimpresión Westworth 2019 *op. cit.,* T. II, p. 331, que la supresión de la tradicional tercera instancia que se produce con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la súplica o suplicación, y el mantenimiento exclusivo de la apelación se hizo para evitar dilaciones y porque la tercera instancia o suplica se hacía ante otra sala diferente del mismo tribunal, lo que dañaba irremediablemente la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia si el mismo tribunal revocaba sus propios fallos. [↑](#footnote-ref-211)
212. Acerca de la aproximación de esta modalidad al sistema originario francés, JIMÉNEZ FORTEA, F.J., “La casación para la unificación de doctrina laboral: su diferenciación con la casación común”, *Trabajos en recuerdo de ilustres Juristas Valencianos*, ed. Subsecretaría de Justicia de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1999 [↑](#footnote-ref-212)
213. Existen dos salvedades únicamente aparentes: la reforma del orden civil de 1992 en la que se proscribe el error de hecho, cuya virtualidad es nula por mor del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE; y la penal que nos ocupa, la reforma de 2015, y que, *supra*, preconiza una menor flexibilidad en la exégesis de los motivos. [↑](#footnote-ref-213)
214. Efectivamente, aunque, *e.g.*, el tribunal pueda apreciar el error de hecho o notorio en la valoración de la prueba, el legislador no tiene por qué consentirle necesariamente dictar un nuevo fallo, como sucedía con la apelación en el tribunal del jurado, *infra*, antes de que la jurisprudencia del TEDH expandiese esa misma solución a la apelación para la acusación y la propia casación. [↑](#footnote-ref-214)
215. Partida III, Titulo. XXIII. “De las alzadas que fazen las partes quando fe tienen por agrauiadas de los juyzios que dan contra ellos”.

     Procede del latín vulgar, *aggraviare* (causar daño, ofensa o perjuicio) y este del clásico *agravare* (hacer más pesado; *gravare*: cargar o imponer un peso), y a partir de ahí resulta el término “gravamen”: carga que ocasiona un perjuicio, según el DEJ de la RAE.

     De hecho, en el Espéculo (intento de codificación del derecho común y castellano de Alfonso X, que quedó incompleto, y previo a las Partidas con las aspiraciones imperiales del monarca), se explica la etimología de la “alzada” (apelación) ya que mediante este mecanismo a aquel que “como derribado y caydo por juyzio, levanta e alza…” , Espéculo 5, 14,1, cit. por AKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, 1982, nota a pie de p. núm. 20, p. 9. [↑](#footnote-ref-215)
216. El gravamen resulta de la conducta “iniqua” o ignorante del juez, Digesto 1, 49, “Appellatio iniquitatem judicantem judicantium vel imperitiam corrigit”, cit. por AIKIN ARALUCE, S., *El recurso…,* op. cit., p. 9. [↑](#footnote-ref-216)
217. Es cierto que, por un parte, separar al error en la valoración de la prueba de los quebrantamientos de forma no deja de ser una imprecisión, pues es uno de ellos; ahora bien, tiene el acierto de señalar, *infra,* el vicio procesal *in iudicando* que marca la frontera (en cuanto a la intensidad con que se puede controlar el mismo) entre los recursos ordinarios y extraordinarios, por lo que explicita que, al tratarse de un recurso ordinario cabe alegarlo sin ninguna limitación (salvo que las que resulten de la exigencia de inmediación, publicidad y contradicción). [↑](#footnote-ref-217)
218. Ya se explica en el texto principal, *infra*, que hay que distinguir entre la impugnación de las resoluciones interlocutorias en las que, al no existir una resolución definitiva, basta alegar el quebranto o infracción del precepto (*e.g.*, la denegación de una diligencia o prueba que se reputa necesaria o pertinente), mientras que si se recure una resolución definitiva hace falta (salvo supuestos excepcionales) argumentar la trascendencia o indefensión originada por el vicio o infracción en la decisión final (*e.g.,* cómo habría podido cambiar la diligencia o prueba el resultado del proceso). [↑](#footnote-ref-218)
219. En realidad, podría entenderse que el perjuicio o gravamen consta de dos elementos indisociables: 1) el vicio o error como premisa, puesto que por mucho que una resolución resulte contraria a los intereses de una parte si el tribunal no ha incurrido en vicio o en infracción, no podrá recurrir, a pesar de la dicción del art. 448.1 LEC; 2) el resultado lesivo en los intereses de aquella, la afectación desfavorable, que no necesariamente sigue al primer elemento: en ocasiones porque el vicio carece de trascendencia, así resulta si, por ejemplo, se han denegado todas las pruebas propuestas, pero en el resultado del fallo la *quaestio facti* no ha tenido trascendencia alguna; y en otras porque el vicio o infracción solo ha perjudicado a una de las partes, por ejemplo, en la incongruencia por *extra petita* cuando se concede lo pedido por un motivo diferente, quien ha obtenido lo solicitado carece de gravamen salvo que alegue la existencia de un perjuicio específico, por ejemplo, que al no pronunciarse o desdeñar el tribunal la *causa petendi* esgrimida se le está privando de la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada de la que precisa, al existir pleitos conexos, litispendencia en sentido amplio o prejudicialidad homogénea, art. 43 LEC. [↑](#footnote-ref-219)
220. Salvo la previsión del art. 161.2 CE, que responde a una determinada orientación política a la hora de regular los conflictos entre el gobierno y las CC.AA., y el nuevo recurso previo de inconstitucionalidad que ha sido reflotado en un ámbito muy restringido por las mismas razones, arts. 2.1.e) y 69 LOTC. [↑](#footnote-ref-220)
221. ACEDO RUICO, J., quien firmaba sus trabajos como EL CONDE DE LA CAÑADA, llegaba a afirmar “que no debía justificarse la causa esgrimida en el recurso porque eso atentaba contra la presunción y autoridad de la sentencia de revista”, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales, Madrid, 1794*, tomo I, parte III, capítulo V, núm. 47, p. 531. Aunque con anterioridad afirmaba que esa presunción se fundaba en la honorabilidad de los jueces, núm. 16, “Atendiendo las leyes al debido honor, respeto y decoro de los Jueces, mandan que los que apelan de sus sentencias, no digan que juzgaron mal; y esto se entiende generalmente con todos, aunque sea con los Ordinarios que conocen en primera instancia: ley 11. tit. 18. Ub. 4. ibi: “Otrosí mandamos, que aquellos que apelaren, no sean osados de decir al Alcalde, que juzgó mal": ley 16. tit. 23. Part. 3, *op. cit,* p. 520.

     Así afirma la Ley XXVI, Partida III, el tit. XXIII, se dedica a las alzadas (el tit. XXIV contempla la merced ante el Rey y el tit. XXV la impugnación en el caso de menores, la *restitutio in integrum*): “Mesurados deven ser en sus palabras aquellos que se alzare de manera que maguer se tenga por agraviado de lo que juzgare los Alcaldes, que no yerren contra ellos razonándolos mal, o diziendo les que juzgaran tuerto, o denostandoles de otra guisa, mas deven les pedir mansamente que les den el pleyto como paso, e las razones como fueron tenidas, e el juyzio que fuere dado sobrellas” “La segunda suplicacion así como los demas recursos , de que vamos tratando, se visten de la natural defensa de las partes; y como este fin es tan recomendable, conviene se auxilie con el noble oficio y autoridad de los Jueces, supliendo por equidad lo que no se expresa en las leyes.” Parte III, capítulo V, núm. 8., p. 517.

     “A esto se ocurrió justamente con las providencias acordadas de que se vean los pleytos por los mismos autos del proceso sin nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, ni otro reme dio alguno; pero no se descubre objeto de interés público ni particular en que los Jueces no vean el proceso con íntima reflexión, para buscar y hallar la verdad, y asegurarse de ella por todos los medios posibles, procediendo en este caso á declararla con recta administracion de justicia.” Parte III, capítulo V, núm.9, p. 519.

     •«23 Convéncese mas la inteligencia explicada, teniendo presente que las leyes deben ser manifiestas y claras en lo que disponen, sin dar ocasion á engaños por su obscuridad í ley 1. tit. 1 . lib. 2 : ley 8, tit. 1. Part. 1; y el canon 1. dist. 4., p. 524. [↑](#footnote-ref-221)
222. GARCÍA ENTERRÍA, E., Curso de derecho administrativo I, con RAMÓN FERNÁNDEZ, T., Madrid, 2008: aunque la revolución francesa toma la división de poderes propia del sistema inglés del XVII, a la hora de construir la Admón. se aparta del mismo y confiere a esta la autotutela (declarativa y ejecutiva) inspirándose en el Antiguo Régimen, que entendía que la Administración y los tribunales “participan de la misma sustancia soberana que encarna el Rey”, mientras que en el sistema inglés, al haberse independizado los tribunales del Rey desde el S. XVII, los actos de la Admón carecen de presunción de legalidad, ni generan por sí mismos ninguna obligación de cumplimiento por la procedencia subjetiva: su fuerza es la fuerza de la ley que aplican y por eso aquella carece de coacción para forzar el acto ignorado y hay que acudir a los tribunales. [↑](#footnote-ref-222)
223. Ciertamente en la conducta de los restantes poderes públicos también existe una ponderación de intereses y la opción de primar a unos sobre otros. Lo que sucede es que habitualmente en el caso del ejercicio de la potestad legislativa, se trata de una afectación mucho más abstracta (lo que también sucede en el caso de la Administración si se trata de disposiciones generales). [↑](#footnote-ref-223)
224. Muy gráficamente: “El deber de motivar las resoluciones judiciales tiene como presupuesto un correlativo deber -o, mejor, carga- de la parte de argumentar. Solo si el recurrente argumenta en concreto, surge el deber de contestarle motivadamente. Frente a una alegación genérica solo cabe una contestación genérica: no se observa defecto alguno.”, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1029/2013 de 18 Dic. 2013, Rec. 10357/2013, FD quinto. [↑](#footnote-ref-224)
225. Por eso, cuando, por ejemplo, se alega el error en la valoración de la prueba no basta aducir tal circunstancia para obligar al tribunal *ad quem* a revisar toda la actividad probatoria (en un proceso civil) desplegada, sino que habrá de individualizarse el error que se ha cometido (qué hecho se ha tenido indebidamente por probado en atención al contenido de cuáles pruebas practicadas). Aunque existen casos, infrecuentes, en los que el órgano *ad quem* procede a una revisión completa, SAP de Madrid, Sección 21ª, Sentencia 129/2017 de 8 Mar. 2017, Rec. 774/2015, ECLI: *ES:APM:2017:5385,* FD Cuarto. “La parte recurrente solicita a la Sala la revisión íntegra de la prueba practicada por lo que debemos partir de los siguientes hechos probados de conformidad con los documentos aportados a los autos y con las declaraciones vertidas en el acto del juicio que han sido visualizadas por esta Sala.” Se había alegado, el error en la valoración de la prueba, FD Tercero. [↑](#footnote-ref-225)
226. LUZÓN CUESTA, J.M., *op. cit.,* pp. 317 y 318. Sobre todo en el ámbito de la imparcialidad, a pesar de que no se había intentado la recusación, argumentando que el propio TC así lo había admitido, SSTC 136/1992, 170/1993, AATC 59/89 y 219/1993. “En el mismo sentido la STS 793/2012 de 18 de octubre siguiendo las SSTS 357/2005 y 707/2002, admiten excepciones al principio de no alegación en casación de cuestiones nuevas cuando se trata de infracciones de preceptos constitucionales susceptibles de causar indefensión y cuando se trate de cuestiones incluso no alegadas por el recurrente que afecten a vulneraciones de derecho sustantivo, cuya subsanación siempre beneficie al reo, constando los elementos fácticos en la propia sentencia. Es lo que esta Sala califica de la teoría de la *voluntad impugnativa* de la que ha hecho y hace uso en numerosas resoluciones.”, STS 296/2017 de 26 de abril, Rec. 1025/2016, ECLI:ES:TS:2017:1662. Y más recientemente en el ámbito de la individualización de la pena se recuerda la prohibición de planteamientos *per saltum* “excepto que exista un condicionamiento alternativo: la vulneración patente de un derecho fundamental, lo que encuentra su justificación en la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, y las infracciones de ley, cuando el error de derecho, resulte patente en el hecho probado, sea beneficioso para el reo, y su apreciación no sea controvertida (vid. Por todas SSTS 576/2017, de 6 de julio y 429/2018, de 28 de septiembre)”, ATS 739/2020 de 22 de octubre, Rec. 1056/2020, ECLI: ES:TS: 2020:9332A, FD segundo. [↑](#footnote-ref-226)
227. De hecho, hay quien propone dentro del gravamen o perjuicio, la distinción entre el gravamen de derecho material y el de derecho procesal, aunque reconoce que la norma procesal puede ser determinante del fallo (*in iudicando*), YAÑEZ VELASCO, R., *El recurso en el enjuiciamiento criminal español (elementos para una teoría general)*, Barcelona, 2001, pp. 173 y 174. [↑](#footnote-ref-227)
228. Ya desde la primera casación (civil), 1838, se distingue entre la infracción de ley y los quebrantamientos de forma, PLAZA Y NAVARRO, M., *La casación civil, op. cit.,* p. 19. [↑](#footnote-ref-228)
229. Lo que probablemente trae causa de extrapolar la distinción que se hace en el derecho procesal civil entre los presupuestos procesales, y que se refieren a la función *in procedendo*, frente a los presupuestos de la acción, que nacen de las leyes materiales y se refieren a la función *in iudicando*, MUÑOZ ROJAS, T., “El interés en el proceso civil”, *Temis, Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas,* núm. 10, 1961, p. 49. [↑](#footnote-ref-229)
230. Primero hay que asumir que en lo penal, frente a la literalidad de la Expo. de Motiv de la LEcrim, lo que se proscribe no son las sentencias de absolución en la instancia (porque, además de por la naturaleza y tutela exigida por las normas procesales, art. 24 CE, resulta imposible por el debido respeto a los derechos fundamentales procesales) sino exclusivamente las sentencias de absolución en la instancia por falta de pruebas frente al acusado (lo que no deja de ser sino la manifestación de la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, la aplicación de la regla de la carga de la prueba). Y a partir de ahí constatar los intentos de provocar cuanto antes, por economía procesal, (la audiencia previa en el juicio ordinario civil, las cuestiones previas en lo penal…) un pronunciamiento sobre los mismos y tratar de dejar, si es posible, expedito el pronunciamiento sobre el fondo. Mas a ello, a resultas de la, ya mencionada, naturaleza de las normas procesales y los derechos fundamentales de esa clase, se opone la concurrencia sobrevenida de impedimentos procesales, incidentes de especial pronunciamiento, y la facultades de apreciación de los mismos del tribunal en cualquier momento, arts. 227 LEC y 240 LOPJ. [↑](#footnote-ref-230)
231. La jurisprudencia, sin embargo, sí ha tenido claro esta realidad, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1096/2001 de 11 Jun. 2001, Rec. 488/2000, FD Segundo, “(…) 4) La jurisprudencia de esta Sala (SS. 10.11, 7 Dic. 1989, 20 y 29.1, 21.3, 25.5, 8.6, 24.10, 14.11 y 4 Dic. 1992, 17.3, 20.4 y 11 Jun. 1993, 21.3 y 28 Mar. 1994, 31.5, 25.10 y 5 Nov. 1995, entre otras) ha estudiado el vicio «in iudicando» del núm. 3 del art. 851 de la LECrim.,” [↑](#footnote-ref-231)
232. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, V.,Madrid, 1984, p. 302. [↑](#footnote-ref-232)
233. Efectivamente el momento mismo de producción del fallo, cuando el tribunal aplica el derecho sustantivo al supuesto concreto, no puede dejar de entremezclar, por un lado, necesariamente la *quaestio facti* (en cuya formación también han intervenido necesariamente las reglas procesales) y la *quaestio iuris*; son las operaciones contenidas en la premisa mayor y menor del silogismo que conducen a la parte dispositiva, de suerte que ya existe una interacción ineludible entre lo procesal y lo sustantivo; y, además, todo ello se hace dentro de un marco espacio-tiempo-modo y según unas pautas estipuladas por normas procesales, de suerte que intentar diseccionar, ulteriormente, cuál de la infracción de estas habría necesariamente alterado el resultado, resulta un artificio excesivo. [↑](#footnote-ref-233)
234. Por eso en art. 1692.3 Lec, tras la L 34/84, se recoge la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, *in genere*, sustituyendo a la enumeración original del art. 1692 de 1881, que incluía expresamente solo (como infracciones de ley, *infra,* vicios *in iudicando*): la incongruencia, omisión de pronunciamiento, existencia de disposiciones contradictorios; infracción de la cosa juzgada, error de hecho en la valoración de la prueba (también existía la falta de jurisdicción o competencia que, como explicamos, es un vicio *in procedendo*). [↑](#footnote-ref-234)
235. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal, op. cit.,* pp. 306 a 308, quien reconoce que la redacción del art. 849.1 LECrim en esos términos vino influida por la del *Codice di procedura penale* italiano de 1930 para englobar: 1) normas penales en blanco; 2) prejudicialidad heterogénea, (*con ocasión* de la aplicación de la ley penal. Mas dada la naturaleza de nuestra casación que incluye los artículos de previo pronunciamiento, y los autos de competencia…, de suerte “de nada serviría admitir la impugnación por infracción de ley de determinados autos de las Audiencias si restringiéramos la infracción a la ley sustantiva.”. En cualquier caso, este eminente autor, como se ha explicado, era partidario de la identificación tradicional, infracción de ley=vicio *in iudicando*; quebrantamiento de forma=vicio *in procedendo* (los de los arts. 850 y 851 LECrim, aunque entonces habría que preguntarse para qué procedió a distinguirlos el legislador). [↑](#footnote-ref-235)
236. Así en el art. 1692, infracciones de ley, reguló conjuntamente ambas (núm. 1, la sustantiva y núms. 2 a 7, las procesales, entre las que se incluye por primera vez en lo civil el error de hecho en la apreciación de prueba que conste en documento auténtico, lo que influiría decisivamente, *infra,* cuando se reimplanta en lo penal ese motivo en 1933 en el art. 849.2 LECrim). [↑](#footnote-ref-236)
237. El adecuado planteamiento, que sería este: Vicios *in iudicando* = infracciones de ley sustantiva + quebrantamientos de forma (normas reguladoras de la sentencia); se sustituyó por este otro: Vicios *in iudicando* = infracciones de ley = infracción ley sustantiva + quebrantamientos de forma (normas reguladoras de la sentencia). [↑](#footnote-ref-237)
238. El núm. 3 (la infracción de ley sustantiva era el núm. 5). La referencia al plano de constitucionalidad en los quebrantamientos de forma no existía. En la infracción de ley sustantiva debía entenderse incluida al emplear la expresión “infracción del ordenamiento jurídico” en lugar de infracción de ley. [↑](#footnote-ref-238)
239. Se mantenían como motivo autónomo, al margen de los quebrantamientos de forma, la falta de jurisdicción o competencia, núms. 1 y 2, y la inadecuación de procedimiento, núm. 2, que no son sino vicios *in procedendo*. Y el error notorio en la valoración de la prueba tenía naturaleza autónoma, núm. 4, (cuando es un quebrantamiento de forma *in iudicando*). [↑](#footnote-ref-239)
240. Tenía que emplear tres apartados para solucionar el inopinado planteamiento del art. 1692 Lec relativo a los quebrantamientos de forma: 1) que la falta de jurisdicción y competencia así como la inadecuación de procedimiento provocaban la retroacción, anulación; 2) que este mismo efecto también lo provocaba una parte del núm. 3 del art. 1692 Lec, los quebrantamientos de forma *in procedendo* (como si los del apartado anterior no integraran también esta categoría); 3) que las infracciones de ley así como la otra parte del núm. 3, los quebrantamientos de forma *in iudicando,* además del error de hecho en la valoración de la prueba, permitían un nuevo pronunciamiento. [↑](#footnote-ref-240)
241. Art. 419, que regulaba la nulidad en Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio. [↑](#footnote-ref-241)
242. Apartado I.1. “2º Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia.

     En consecuencia, únicamente podrá fundarse este motivo de recurso en la infracción de los arts. 209 y 214 a 222 LEC.”. Así no se señala qué sucede con la prohibición de la oralidad, art. 210 LEC (se podrían cumplir oralmente las exigencias del art. 209 LEC), o con el número de votos suficientes… No tiene sentido encajar estas hipótesis en “3º Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido causar indefensión”, cuando atañen específicamente a la sentencia. [↑](#footnote-ref-242)
243. En el caso particular de la firmeza o invariabilidad del fallo (que se haya mudado el contenido del mismo, sin mediar recurso, al margen de las prescripciones de los arts. 267 LOPJ y 214 y 215 LEC, 161 LECrim), lo que ha acontecido, además de una quiebra de la competencia del tribunal que cesó con la resolución definitiva, es una ruptura de la seguridad jurídica ínsita en la cosa juzgada formal y una aplicación arbitraria e indebida del derecho sustantivo (un ejercicio de la potestad jurisdiccional fuera del ámbito en el que está prevista) aunque haya sido para corregir un error del pronunciamiento Se nos podría argumentar que acabamos de abrir la puerta para considerar cualquier falta de competencia como un vicio *in iudicando.* Al margen de las previsiones de la LECrim de 1872, *infra¸* que consideraban a las sentencias de competencia como una infracción de ley, lo cierto es que existe una diferencia fundamental entre aquellos supuestos en los que inicialmente, antes de dictar el fallo, el tribunal carece de jurisdicción o competencia, por lo que la relación jurídica procesal está indebidamente constituida *ab initio*, de aquellos otros supuestos en los que el juez, ostentando jurisdicción y competencia al dictar el pronunciamiento definitivo, luego lo modifica indebidamente. En el primer caso el vicio es *in procedendo*, mientras que en el segundo es *in iudicando* o, mejor, *post iudicandum.* [↑](#footnote-ref-243)
244. Sin pretender resultar categóricos, y reconociendo que la cuestión presenta indudables aristas y elementos discutibles, entendemos que la imparcialidad (como el hecho de que el fallo se haya dictado por un número menor de jueces) ha suscitado desde siempre las dudas del legislador, así si bien, *supra,* se reputaron vicios *in procedendo*, al final acabaron incluidos, como vicios *in iudicando*, art. 851.5º y 6º LECrim. Para nosotros, la imparcialidad es un vicio *in procedendo* por cuanto no solo atañe al momento de dictar el fallo sino que se trata de una indebida composición del tribunal durante todo el proceso. A diferencia de ello, el que el fallo se haya dictado por un menor número de magistrados hace referencia a una infracción que se comete en un momento preciso. Sobre la retroacción que provoca la parcialidad del tribunal (y no la absolución), SSTS de 15 de diciembre 2020, Pleno Sala segunda, Sentencia núm. 692/2020, Número de Recurso: 11773/2011, FD segundo. [↑](#footnote-ref-244)
245. Dentro del art 17 CE se contempla la existencia del proceso de *habeas corpus*, de un límite máximo a la prisión provisional, y, en el art. 53.2 CE, de un proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios; son previsiones de desarrollo legal, que implica el deber de atenderlas en dicho plano. Se impone la exigencia de unas garantías procesales y se obliga a la *interpositio legislatorias*. Pero el contenido de esas garantías, el modo en el que la tutela judicial debe hacerse valer a través de ella vuelve a reubicarse en el art. 24 CE. Por eso, aunque formalmente se impetre, en los supuestos de denegación de la incoación del habeas corpus, la lesión del art. 17.4 CE, lo cierto es que el planteamiento adecuado es este: lesión del art. 24.1 CE al haberse denegado la tutela judicial efectiva de un mecanismo previsto en el art. 17.4 CE. [↑](#footnote-ref-245)
246. “vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución” [↑](#footnote-ref-246)
247. Por el contrario no puede abarcar a la posible lesión de los derechos fundamentales sustantivos porque precisamente sobre ellos ha versado la resolución (conforman el objeto del proceso que se ha decidido) que se pretende rescindir a través de ese mecanismo, y, consiguientemente, no tiene sentido solicitar al tribunal ordinario que vuelva a pronunciarse sobre idéntica cuestión. Como excepción hay que citar, sin embargo, aquellas hipótesis explicadas en las que se alega la lesión de un derecho fundamental sustantivo a través de un quebrantamiento de forma. [↑](#footnote-ref-247)
248. “Por lo tanto, al igual que en otros supuestos ya analizados por este Tribunal en relación con detenciones cautelares gubernativas no acordadas judicialmente, ya sean de carácter penal o de distinta naturaleza (SSTC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 1; 224/1998, de 24 de noviembre; 174/1999, de 27 de septiembre, 288/2000, de 27 de noviembre; 224/2002, de 25 de noviembre, 23/2004, de 23 de febrero; 165/2007, de 2 de julio, 95/2012, de 7 de mayo, y, más recientemente, la STC 32/2014, de 24 de febrero), nos hallamos en este caso, formal y materialmente, ante lo que hemos denominado un “recurso de amparo mixto” correspondiente tanto a la previsión del artículo 43 LOTC como a la de su artículo 44. Junto a la queja principal referida a la actuación desarrollada por los agentes de la autoridad durante su detención preventiva (arts. 17.1 y 3 y 24.2 CE), la segunda pretensión de amparo, compatible con la anterior, no coincide con la misma pues cuestiona, adicionalmente, la respuesta judicial de fondo e irrecurrible en cuanto denegó la incoación del procedimiento de habeas corpus a través del cual el detenido trató de obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales (art. 17.4 CE).” STC 21/2018, de 5 de marzo, ECLI:ES:TC:2018:21, FJ 1. [↑](#footnote-ref-248)
249. Así se habla también de vicios formales y vicios sustantivos, SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Navarra, 2011, pp. 76 a 78. En este sentido el TC emplea asimismo los términos, inconstitucionalidad procedimental y sustantiva, SSTC 215/2016, FFJJ 1 y 4. [↑](#footnote-ref-249)
250. Si bien la cuestión de inconstitucionalidad, art. 163 CE y Tit. II, LOTC, se señala como el mecanismo mediante el cual nuestros tribunales colaboran en el control de constitucionalidad (en el caso concreto) de las leyes, asemejándose al papel que desempeñan en el *judicial review* o sistema difuso, lo cierto es que el papel más importante que realizan en el plano de constitucionalidad (al margen del control de constitucionalidad de plano infralegal que realiza el orden c-a) es la de constituir la primera forma de tutelar los derechos fundamentales, art. 53.2 CE. [↑](#footnote-ref-250)
251. MARTÍNEZ ARRIETA, A., *op. cit.,* cap. IV, epígrafe 2.1. [↑](#footnote-ref-251)
252. En el mismo sentido, el art. 88 LJCA, tras la reforma de 2015, solo contempla como motivo la infracción del ordenamiento jurídico, preceptos sustantivos o procesales, además de la jurisprudencia del TS. [↑](#footnote-ref-252)
253. Así, la infracción de los preceptos constitucionales se encuentra prevista tanto en los quebrantamientos de forma, apartado a) del art. 846 bis c) que regula la infracción de las normas procesales tanto in iudicando como in procedendo, y aclara que no hace falta la reclamación previa de subsanación “si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”. Y en el apartado b) del artículo 846 bis c), infracción precepto sustantivo, señala que puede tratarse, indistintamente de “infracción de precepto constitucional o legal”. [↑](#footnote-ref-253)
254. Se trata del motivo más genérico y en ese sentido no hay nada que objetar. Sí que se echa en falta, por necesaria, una remisión genérica a las causas de nulidad específicas desconectadas de la exigencia de indefensión, que el legislador ha decidido incluir en el listado (falta de jurisdicción, competencia objetiva…), o cuya autonomía respecto del resultado del proceso deriva de la propia naturaleza de la garantía de que se trate (e.g. el derecho a un proceso público, la imparcialidad del tribunal…). En este mismo sentido la regulación del art. 792.3 LECrim, como la de la LOPJ y LEC, peca de redundante puesto que exige para apreciar la infracción procesal “siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”, arts. 225.3º LEC y 238.3º LOPJ. Algo que resulta de la propia naturaleza finalista del proceso, *infra,* y que confirma el precepto al que nos referimos con una referencia al principio de conservación de los actos procesales, arts. 230 LEC y 243.1 y 2 LOPJ. [↑](#footnote-ref-254)
255. Como se puede constatar, infra, de las tres causas que puede alegar la acusación, solo una supone un auténtico error en la valoración de la prueba, la primera: el error de hecho o notorio. Por el contrario, la segunda, no es más que la exigencia de fundamentación, tutela judicial efectiva, concretada en el ámbito fáctico, art. 24.1 CE, mientras que en la tercera, la declaración inopinada de nulidad de un medio de prueba (trascendente), es imposible, en el plano de la lógica, que pueda existir error alguno en la valoración porque precisamente la exclusión de la prueba impidió la misma; se trata, en todo caso, de esa infracción: haber excluido, indebidamente, la valoración de la prueba admitida y practicada, el derecho al proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE.

     El derecho a practicar las pruebas pertinentes cubriría la admisión y práctica de la misma, mientras que la valoración, el derecho a ella, constituiría una conducta ulterior contenida en el derecho al proceso con todas las garantías. En atención al momento en el que se produjera la exclusión indebida de la prueba, y según el criterio que empleamos para distinguir entre vicios *in iudicando* e *in procedendo*, nos encontraríamos: 1) si el rechazo de la prueba se produce durante el juicio, sería *in procedendo*; 2) si acontece ya en la deliberación, *in iudicando*. Ya tenga una naturaleza u otra, es evidente que en el recurso ordinario se puede subsanar, mientras que en el extraordinario no. [↑](#footnote-ref-255)
256. La dialéctica entre fondo, materia, y forma, presenta el atractivo de toda confrontación entre contrarios y se aplica no solo en el plano jurídico sino también, como se sabe, en el plano filosófico (resaltando la formulación aristotélica en la que se señala la indisolubilidad en el hombre de la forma y materia, conformando la sustancia, aunque, en sentido contrario al plano jurídico, la primera, en cuanto inmaterial, es la que constituye fundamentalmente la sustancia o esencia) y sociológico, destacando la distinción weberiana entre la justicia formal, aquella que atiende solo a valores jurídicos o internos, la lógica jurídica, y la material, la que resulta de la influencia de los externos, valores políticos, éticos, económicos o religiosos, “La justicia material en Max Weber”, MENDES-QUEZADO FERRÁNDEZ, A., *Res publica*, Vol. 21(1) 2018, pp. 31-46. Por otra parte, como se sabe, en el ámbito procesal, se diferencia entre la cosa juzgada formal y la material, distinguiendo entre la eficacia intraprocesal de cualquier resolución (firmeza o irrecurribilidad, así como vinculación a lo decidido, art. 207 LEC), la primera, y la extraprocesal del pronunciamiento sobre el fondo, la material. [↑](#footnote-ref-256)
257. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 794/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 725/2017 ECLI: ES:TS:2017:4536, FD Tercero. [↑](#footnote-ref-257)
258. Una distinción que ya se contemplaba, en cuanto a los diferentes efectos de una y otra, en la LOTGC, art. 42, en el Tribunal de Garantías de la II República, CRUZ VILLALÓN, P., “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 5, Mayo-agosto 1982, p. 115 y ss. [↑](#footnote-ref-258)
259. De hecho, inicialmente, en el periodo clásico la acción declarativa de nulidad, a la que ya nos hemos referido, únicamente admitía los quebrantamientos de forma, y exclusivamente los *in procedendo,* comportando el control más externo y superficial del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Hay que esperar, una vez que se incorpora la distinción entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, al periodo imperial, para que la nulidad permita incorporar algún supuesto de infracción sustantiva (primero solo los relativos a la existencia de la ley, premisa mayor del silogismo, si la sentencia era contraria al derecho constituido, *ius constitutionis*, no a su interpretación y menos aún a la fijación de los hechos, la premisa menor). De hecho es entonces cuando surge la apelación, verdadero medio de impugnación, para controlar la injusticia del fallo y la aplicación del derecho sustantivo realizada por el juez.

     Precisamente, la apelación, la superación de la existencia de vicios exclusiva o fundamentalmente formales, es el mecanismo a través del cual el Emperador controla (centralizando la administración de justicia), la aplicación del derecho sustantivo. [↑](#footnote-ref-259)
260. La nulidad se funda en la inexistencia de la sentencia. La apelación en la sentencia válida pero injusta. La primera opera *ipso iure*, sin necesidad de impugnación. La apelación no se limita a suprimir la sentencia sino que supone una nueva decisión. Esta diferenciación tradicional se mantenía incluso por el autor de nuestra primera ley de enjuiciamiento civil, quien al examinar las sentencias se remitía a las Partidas y la Novísima Recopilación, enumerando las causas de nulidad que citaban esos textos, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M. , *Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales,* T. I,Madrid, 1855, pp. 396 a 398. [↑](#footnote-ref-260)
261. La *querella nullitatis* conserva los rasgos de la nulidad romana (aunque ya no es una acción declarativa sino constitutiva) al centrarse fundamentalmente en los quebrantamientos de forma (paulatinamente va abriendo su ámbito a las infracciones de ley), mientras que la injusticia del fallo se ataca a través de la apelación. Magda pp. 14 a 21

     En realidad, el binomio nulidad-apelación, acabó descansando en la distinción entre el error de derecho y el de hecho., AIKIN ARALUCE, S., *op. ci*t., p. 72. [↑](#footnote-ref-261)
262. Se señala que es en el Ordenamiento de Alcalá, 1348, donde realmente se consagra la *querella nullitatis*, AIKIN ARALUCE, S. *op. cit.,* p. 75. [↑](#footnote-ref-262)
263. Que, aunque también contemplaba otros dos recursos, en la tercera partida regulaba la alzada (apelación), Tit. XXIII, y la nulidad, Tits. XXII y XXVI. [↑](#footnote-ref-263)
264. Libro IX, que, siguiendo al Ordenamiento de Alcalá, S XIV, regula: la nulidad de sentencias Tit. XVIII, y apelación, Tit. XIX. [↑](#footnote-ref-264)
265. Expo. de Motiv., “Hay corrección al prescindir de la dualidad representada por el recurso de fondo y de forma, con su régimen distinto de preparación e interposición y de diferente alcance de lo resuelto para refundir en un solo recurso ambas modalidades, por más que los efectos difieran, por necesidad lógica, ya que el recurso concerniente al fondo afecta a la decisión, mientras el relativo a la forma versa sobre la actividad desplegada en el curso del proceso hasta llegar a la sentencia.” [↑](#footnote-ref-265)
266. Como se sabe, la “indefensión” en el ámbito administrativo se contempla exclusivamente dentro de las causas de anulabilidad, art. 48.2 LPAC, cuyo tenor literal coincide con el de los arts. 227.1 LEC y 240.1 LOPJ. Por eso, se podría entender que estos preceptos regulan la anulabilidad procesal. Sin embargo, a tenor de la naturaleza de las normas procesales y de los órganos investidos de la potestad jurisdiccional, resulta indiferente la catalogación de una u otra manera: lo decisivo es que el tribunal de oficio o a instancia de parte puede, en cualquier momento del proceso, constatar su existencia y proclamarlo así, con las limitaciones que se han establecido en el caso de los recursos, arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ y que, por mor, de la seguridad jurídica, solo a través de los medios de impugnación y , en su caso, a través de las acciones rescisorias, dentro de los plazos allí previstos, cabe revisar las actuaciones procesales. Por el contrario, en el ámbito administrativo, y con mayor apego a la teoría general de la nulidad de los actos, diferencia entre la revisión de los actos nulos (sin plazo, aunque exista la previsión genérica del art. 110 LPAC), art. 106 LPAC, y los anulables (previa declaración de lesividad, en cuatro años), art. 107 LPAC. [↑](#footnote-ref-266)
267. Es clásica la afirmación de que “el proceso no puede ser un fin en sí mismo” y de ahí su naturaleza práctica, CALAMANDREI, P. “Processo e giustizia”, *Riv. Dir. Proc.*, año V, 1950, pp. 273 y ss. [↑](#footnote-ref-267)
268. Desde siempre se ha resaltado el carácter dinámico del proceso; precisamente por eso GOLDSCHMIDT, J., sustituía las situaciones subjetivas materiales por las procesales, entre las que aparecía la carga. Más recientemente resalta este naturaleza dinámica del proceso y procedimiento así como de las normas que lo regulan, FIORENZA, A.A., *En torno al proceso,* Barcelona, 2019, y dentro del mismo el capítulo cuarto: “El dinamismo procesal”, pp. 93 y ss. [↑](#footnote-ref-268)
269. Como destaca NIEVA FENOLL, J., *El recurso…, op. cit.,* p. 143, debido a la dificultad que entrañaría ese juicio hipotético, parte de la doctrina italiana (CALAMANDREI) llegó a postular la supresión del requisito de la trascendencia en los vicios *in procedendo*, mientras que en Alemania, aunque se sigue exigiendo se ha dulcificado. [↑](#footnote-ref-269)
270. El vicio en la aplicación de la ley sustantiva, la infracción de ley, y siguiendo el entendimiento tradicional de la sentencia como un silogismo, puede acontecer: 1) respecto a la existencia, o, 2) la errónea aplicación de la misma, a su inadecuada exégesis, en la propia premisa mayor: *e.g.,* se considera la prescripción, su existencia y funcionamiento, de forma diferente a la que señala el propio precepto o como lo hace la opinión dominante jurisprudencial y doctrinalmente, entendiendo, por ejemplo, que solo se interrumpe, la extintiva, mediante un requerimiento notarial o que basta la mera presentación de la denuncia o querella para ello sin ningún requisito ulterior, arts. 1973 Cc y 132 Cp. Pero también cabe una resolución indebida de la *quaestio iuris* porque los vicios han acontecido en la premisa menor de la misma. 3) Por un lado, a través del inadecuado encaje de la *quaestio facti* en la proposición normativa, la subsunción errónea: *e.g.*, se entiende indebidamente que los hechos alegados y probados constituyen una determinada figura jurídica, *e.g.,*  cierto contrato o determinado tipo penal; 4) mas por otra parte también es posible que la inadecuada conformación de la *quaestio facti* haya condicionado la aplicación indebida de la ley sustantiva: se han considerado probados inopinadamente unos hechos, o, viceversa, se ha ignorado su existencia, o bien ninguna de las partes ha suscitado la cuestión (fáctica o la perspectiva jurídica –en lo penal ha debido implicar la mutación del bien jurídico protegido) que se ha resuelto, o los hechos que han servido de fundamento de la decisión, o bien no se ha argumentado la existencia de los hechos que se consideran probados… Todos estos supuestos, los que comprenden el supuesto 4), conducen a una indebida aplicación de la ley, en la que el juzgador no ha llevado a cabo, necesariamente, una inadecuada exégesis de la misma, sino que los vicios en la elaboración del substrato fáctico (y excepcionalmente el jurídico que nadie ha planteado, mutando el objeto del proceso sin que las partes lo asuman), sobre el que la proposición normativa debe proyectarse, conducen inexorablemente a una inadecuada aplicación de aquella al supuesto concreto. Existe sí, en definitiva, una infracción de ley sustantiva, pero esta no habría tenido lugar (aunque si ha existido una omisión de pronunciamiento eso no se puede afirmar con rotundidad), a diferencia de la infracción de ley *strictu sensu*, hipótesis 1) a 3), de no haber existido el vicio procesal *in iudicando*. Por eso el resultado final, la indebida aplicación de la ley sustantiva es el resultado de una infracción previa procesal, el quebranto de la carga de la prueba, la incongruencia, la falta de fundamentación… Estos, como se ha expuesto, son vicios *in iudicando* de naturaleza procesal.Por eso el tribunal *ad quem* cuando repara la infracción cometida no tiene que corregir, en principio, la intelección y entendimiento del alcance de la premisa normativa llevada a cabo por el órgano *a quo*, lo que sí sucede cuando ha tenido lugar la infracción de ley sustantiva.

     Sobre el art. 849.1 LECrim, LÓPEZ CASTILLO, M., *op. cit.* [↑](#footnote-ref-270)
271. STS de 4-7-2019, núm: 344/2019; núm. Rec.: 369/2019, FD segundo, que remite a SSTS 108/2015, de 10 Nov., Rec. 1716/2014: "La revisión en el primer caso, por vía del artículo 849.1 consiste en corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia... Lo que faculta es una declaración jurídica relativa a la subsunción de los hechos que no exija ni una revaloración de la prueba ni una modificación del hecho probado.” [↑](#footnote-ref-271)
272. Los cinco motivos que enumera el art. 4 de la ley de 1870 coinciden con los cinco contemplados en el art. 798 de la Lecrim de 1872 (aunque esta particulariza en los artículos siguientes, arts. 799 a 802, la infracción de ley cometida en algunas de las resoluciones recurribles que en realidad consistían en quebrantamientos de forma: la infracción de las reglas de la competencia por inadecuada calificación de los hechos, cosa juzgada, amnistía o indulto…, que pasaron al art. 848 de la LECrim en su versión original, así como a los arts. 850 y 851). Y así se plasmó en la primigenia versión del art. 849 LECrim que contemplaba hasta 7 motivos. En realidad, desde 1870 lo que se intentó fue pormenorizar todos los errores en la calificación en los que se podía haber incurrido respecto del objeto penal y que coinciden sustancialmente, porque no existen otros, con los apartados de los escritos de calificación: delito/falta, participación, eximentes, agravantes y atenuantes (así como la pena que fue añadido en el art. 849.6º LECrim). [↑](#footnote-ref-272)
273. La posibilidad de que la naturaleza de la norma sustantiva infringida difiera del orden jurisdiccional al que corresponde el asunto principal, es algo comúnmente admitido, así, *e.g.,* “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)” Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de 9 junio de 2016. [↑](#footnote-ref-273)
274. “En efecto, es *communis opinio* doctrinal la de que dentro del motivo cabe alegar la infracción de otras normas sustantivas con rango distinto al de la Ley.”, Circular 1/20 FGE, *cit.*, apartado 2.3. Fundamentación. Y ya se ha citado el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, Apartado Primero b) “(…) u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción)”.

     Es evidente que el control de la legalidad y constitucionalidad del plano infralegal está encomendado al orden c-a, pero en la medida en que resulte prejudicial para la aplicación del precepto legal, puede alegarse su quebranto en la casación civil o penal. Así, “salvo que sean complementarias o desarrollen preceptos de Derecho civil que igualmente se citen como infringidos”, STS 155/2019, 14 de Marzo de 2019, FD 4, que se refería *in genere* a normas administrativas (aunque en el caso concreto se trataba de leyes). Por otra parte, no existen en el orden penal normas sustantivas que no ostenten el rango de ley, debido a la reserva de ley (y en la mayoría de los casos LO en atención a los derechos fundamentales, art. 81 CE) impuesta por el principio de legalidad, art. 25 CE. En el orden civil, al no existir dicha circunstancia, sí cabría esa posibilidad, pero también es notorio que no se encomienda a la Admón. regular el derecho privado. Ahora bien, nada imposibilita la existencia de disposiciones normativas del plano infralegal que recojan aspectos (puntos) prejudiciales de tipos penales o normas jurídicas sustantivas, o incluso procesales, como por ejemplo la [Orden ITC/3707/2006](javascript:Redirection('LE0000237613_Vigente.HTML')), del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 22 de noviembre de 2006, reguladora del control metrológico del Estado sobre los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol por aire espirado, o la normativa que prevé la designación de abogado, citada en el recurso de casación resuelta por la STS Sala Segunda, Sentencia núm. 399/2019 de 24 Jul. 2019, Rec. 1394/2018 ECLI: *ES:*TS:2019:2613. [↑](#footnote-ref-274)
275. Art. 729 ALECRIM “Infracción de ley sustantiva 1. Quien recurra por infracción de ley sustantiva podrá interesar del órgano de apelación que depure cualquier infracción relativa a la calificación jurídica de los hechos, la determinación de la pena, la fijación de la responsabilidad civil o la condena al pago de las costas.” Sin embargo, el propio art. 729.2 ALECRIM corrige la rúbrica inicial al referirse genéricamente a “normas sustantivas”. También considera a las costas como normas sustantivas penales la Circular nº 1/2018 de Fiscalía General del Estado, 1 de Junio de 2018, *cit.,* apartado 5.4. [↑](#footnote-ref-275)
276. Efectivamente, el RD de 4 de noviembre de 1838, art. 3, únicamente contemplaba como infracción de ley, la contradicción a (ley) “clara y terminante”, mientras que, art. 7, al referirse a la interposición del recurso señalaba que había citar “la ley o doctrina legal infringida”. La infracción de “doctrina legal” con esta denominación se encuentra en la Real Cédula de 8 de enero de 1855 sobre la Administración de Justicia en Ultramar pero no se incorporó en esos términos a la Lec de 1855. Habrá que esperar a la reforma de la casación de 1870 para que sí se redacte tal cual. [↑](#footnote-ref-276)
277. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 838/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 10517/201, FD Primero, 2), “Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92).” [↑](#footnote-ref-277)
278. Se previó en el art. 3 del RD de 27 de enero de 1875 que la Sala segunda conociera del recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal en lo penal, pero nunca llegó a hacerse efectiva. [↑](#footnote-ref-278)
279. Es evidente que aquello que se afirma de la eficacia de la jurisprudencia a la hora de recurrir en casación por infracción de ley, también resultaría aplicable en los quebrantamientos de forma (la interpretación jurisprudencial de las normas procesales). Si bien, en este caso, y dado el sistema de fuentes, hay que atender también a la emanada del TC (que sí sería fuente del derecho cuando interpreta el contenido del art. 24 CE) y la del TJUE. [↑](#footnote-ref-279)
280. STS de 9 de diciembre de 2015, Secc. 1, núm. de Recurso: 20576/2015, núm. de Resolución: 780/2015,

     “en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que **la doctrina legal** aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Se añade que este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y **contradicción de doctrina legal aplicada**.” (la negrita es nuestra). [↑](#footnote-ref-280)
281. Que además exigía, que “Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables”, y que en la actualidad se ha consagrado en el art. 848 (“la causa se haya dirigido contra el encausado mediante resolución judicial que suponga una imputación fundada”). Ya la jurisprudencia entendía de esta manera la versión anterior de ese precepto, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 1 Sep. 1999, Rec. 1085/1998, FD Primero, “b) Una interpretación del párr. 2.º del citado [art. 848 LECrim.](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I687')), en relación a los supuestos de sobreseimiento libre acordados en procedimiento abreviado entiende que para que proceda el recurso de casación será necesario que los denunciados o inculpados tengan una situación de vinculación al proceso análogo a la que en el procedimiento ordinario supone el procesamiento, situación que vendrá determinada por la imputación delictiva de carácter formal o por la formulación de acusación en el trámite del [art. 790 LECrim.](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I858')) (tal doctrina se refleja, entre otras, en las SS 5 Feb., 4 Dic y 20 Dic. 1991, 26 Jul. 1992, 21 May. 1993, 7 y 18 Mar. 1994, 1 Mar. 1996, 5 May. 1997, 1437/1998 de 18 Dic. y en el A 14 Ene. 1996).” [↑](#footnote-ref-281)
282. La previsión de ese precepto debe reputarse inviable por dos motivos: a) uno meramente procedimental, y que consiste en que no puede existir una casación *per saltum* ante una resolución interlocutoria cuando se ha generalizado la apelación; b) otro procesal o de mayor calado: el contenido del art. 624 LECrim solo tenía sentido cuando la decisión del juez instructor resultaba decisiva o trascendental: los hechos ya no constituían un delito grave sino una falta; pero hoy en día esa decisión no tiene ese relieve: al tomar conciencia del poder de las partes sobre el objeto del proceso quienes son las que lo fijan, primero como una exigencia del derecho al juez imparcial y, a continuación, si se quiere, por mor del principio acusatorio; y el objeto del proceso lo constituyen no solo los hechos sino también el bien jurídico en liza. Por eso, en la práctica carece de sentido que el tribunal decida en la fase intermedia, frente al criterio que manifiestan las partes en sus calificaciones provisionales, seguir un procedimiento diferente: en ocasiones se vería abocado el tribunal a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia, art. 788.5 LECrim, mientras que en otras solo podría absolver si las partes no asumen el cambio de calificación (que comporta un cambio de bien jurídico y consiguientemente de objeto) que propone en la tesis. Por eso, lo habitual es “ponderar” el criterio de las partes una vez que se pronuncia el auto que al final de la fase intermedia encauza el procedimiento de una u otra manera, arts. 779, 798.2, a la vista del recurso que se formula, en especial el MF. [↑](#footnote-ref-282)
283. La razón parece evidente: no cabe cercenar definitivamente un proceso penal, al menos en un modelo acusatorio mixto, *ab initio,* contando exclusivamente con diligencias policiales y del M.F., actuaciones preprocesales, por eso resulta criticable la previsión del art. 26 LOTJ. [↑](#footnote-ref-283)
284. Sobre la tradicional denegación de la casación frente al auto, LUZÓN CUESTA, J.M., *op. cit.,* pp. 54 y ss. [↑](#footnote-ref-284)
285. Si la inadmisión por la Audiencia (directa o por medio de un recurso de apelación) se funda en la falta de jurisdicción, cabrá apelación ante el TSJ, Sala de lo civil y penal o Sala de lo Penal de la AN, y frente a esa sentencia, a su vez, casación, arts. 846.ter.1 y 847.1 LECrim. Es lo que sucedió en STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 139/2019 de 13 Mar. 2019, Rec. 226/2018, en el ámbito de la AN al analizar la justicia “universal” del art. 23.4 LOPJ. [↑](#footnote-ref-285)
286. También se derogó, la reforma de las resoluciones recurribles era el punto neurálgico de esta reforma, la posibilidad de recurrir en casación el auto denegatorio del procesamiento si los hechos no constituían delito. [↑](#footnote-ref-286)
287. A tenor de los criterios del TS acerca de la recurribilidad de los autos de sobreseimiento y con la redacción del art. 847.1.b) LECrim, y tras la intelección que ha hecho el TS del mismo, no parece posible acudir en casación ante el TS cuando se trata de un delito atribuido al Juez de lo Penal (autos dictados en apelación por las AAPP), por un quebrantamiento de forma camuflado como una infracción de ley. Si solo cabe la casación por infracción de precepto sustantivo, y solo cuando existe interés de ley, carece de sentido esta previsión. Ni siquiera si, como viene sucediendo en lo civil, se asume que ciertos pronunciamientos sobre presupuestos procesales (cuando estos gozan de inmutabilidad y no pueden subsanarse), competencia judicial internacional o jurisdicción por razón del objeto, pueden alcanzar la eficacia de cosa juzgada material. [↑](#footnote-ref-287)
288. Como es conocido, excepcionalmente, dada la trascendencia del derecho fundamental sustantivo, en el caso de la detención gubernativa (estamos, pues, ante una actuación preprocesal), nuestro texto constitucional permite una tutela procesal autónoma frente a la lesión definitiva del contenido del art. 17 CE, el proceso de *habeas corpus,* LOHC, 6/84. Por eso el TC se queja con intensidad de los rechazos *in limine* de esos procesos por razones de fondo y los encuentra incomprensibles, así Sala Segunda STC 72/2019, de 20 de mayo de 2019. Recurso de amparo 2087-2018, ECLI:ES:TC:2019:72, FJ 2º, “El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado es motivo de muy alta preocupación para el Tribunal Constitucional (…)”, hasta el punto de considerar poco “comprensible” la resolución judicial impugnada (rechazó el incidente de nulidad en el que se exponía esta jurisprudencia). Ahora bien, se trata de una tutela procesal parcial: en el proceso de *habeas corpus* se examina exclusivamente la constitucionalidad de la detención gubernativa a efectos de restablecer los derechos del detenido del art. 17 CE. Estamos ante “(…) un procedimiento urgente, de carácter especial, cognición limitada y única instancia en el que únicamente es posible valorar *la legitimidad de una situación de privación de libertad, a la que [el Juez] puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en las que la detención se produjo o se está realizando, pero sin extraer de éstas -de lo que las mismas tuvieron de posibles infracciones del ordenamiento- más consecuencias que la de la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad (art. 8.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo), y adoptando, en su caso, alguna o algunas de las decisiones a las que se refiere el artículo 9 del mismo texto legal” (SSTC*[*98/1986*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/661)*, de 10 de julio, FJ 1 y*[*303/2005*](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5563)*, de 24 de noviembre, FJ 2)*.” STC 21/2018, de 5 de marzo**,** ECLI:ES:TC:2018:21, FJ 4º.

     El resarcimiento “sustantivo” y la responsabilidad del autor de la detención ilegal se tienen que dilucidar en otro proceso. Y, por último, las consecuencias procesales, la posibilidad del empleo de los frutos de la detención (la información o las piezas de convicción -entre ellas el material genético- obtenidas), se ventilarán en el propio proceso penal en marcha contra el investigado, a través de las garantías del art. 24 CE (en especial la exclusión de la prueba ilícita). [↑](#footnote-ref-288)
289. LASO GAITE, J.F., *Evolución histórica…*, *op. cit.,* pp. 139 y ss., VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Rasgos definidores…, op. cit.,* pp. 865 y ss. [↑](#footnote-ref-289)
290. La redacción de la LEC en cualquier caso no es afortunada pues literalmente da a entender, art. 487.3 que solo cuando hay interés casacional cabe “resolver sobre el caso”, mientras que en los otros dos supuestos (cuantía y derechos fundamentales salvo el 24 CE), art. 487.2, solo se “confirma o casa” (total o parcialmente) la sentencia. [↑](#footnote-ref-290)
291. ALECRIM: apelación, Art. 738 *cit.* “3. En los demás supuestos, el tribunal dictará la resolución que proceda de acuerdo con las pretensiones de las partes.”. Y en casación, art. 759.2 ALECRIM, “2. Cuando la Sala estime cualquiera de los motivos de casación alegados, declarará haber lugar al recurso, casará y anulará la resolución recurrida y, en la misma sentencia, resolverá lo que corresponda, declarando las costas de oficio.” [↑](#footnote-ref-291)
292. “Artículo 487. Sentencia. Efectos. «1. El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.” [↑](#footnote-ref-292)
293. Como se explicó, lo decisivo, lo que habrá que examinar en el recurso, no es si el tribunal razonó adecuadamente o si alcanzó la mayoría suficiente…, sino si el tribunal tenía jurisdicción o competencia, si la capacidad y postulación de las partes era la adecuada, o si el resto de presupuestos procesales atinentes al procedimiento, con trascendencia, se cumplían. [↑](#footnote-ref-293)
294. El núm. 6 civil (denegación de la súplica) se sustituía por el de haberse dictado la resolución por un número menor de jueces que el señalado por la ley. [↑](#footnote-ref-294)
295. El art. 5 del RD de 18 junio de 1870, al generalizar la casación penal comportaba, entre otras variaciones, la inclusión dentro de los vicios *in procedendo* de: que la sentencia se hubiera dictado por jueces cuya recusación se intentó, sexto, y, sobre todo, cuarto, el error de hecho en la valoración de un documento auténtico no impugnado (con trascendencia decisiva en la calificación, participación o pena); cuando en realidad este es un vicios *in iudicando, infra*. Por su parte, el RD, también provisional y de la misma fecha, que regulaba la reforma de la casación civil, en el art. 5 al explicitar lo que se entendía por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio mostraba una versión mucho más conservadora y tradicional (eso sí, siguiendo el texto de 1855, incluía, como en lo penal, que la resolución se hubiese dictado por menor número de magistrados o por aquellos que no habían sido recusados, quinto y sexto -como también se mantuvo en el art 5 de la ley de 22 de abril de 1878-; esta cuestión solo se corrige en el proceso penal, en el art. 912 de la LECrim en la versión original, que los incluye como vicios *in iudicando*, cuarto y quinto –actuales núms. 5º y 6º del art. 851-, mientras que en lo civil se mantuvieron en el art. 1693. 7 y 8 de la Lec de 1881). [↑](#footnote-ref-295)
296. Ya se ha explicado que en el núm. 3 se contemplaba la infracción de las normas que regulan los actos y garantías procesales si producen indefensión, con el grave inconveniente de que en el mismo apartado se regulaban los *in iudicando*, el quebranto de las normas reguladoras de la sentencia. Además, seguían ostentando autonomía propia: el abuso, exceso o defecto de jurisdicción, 1, y, 2, la incompetencia o inadecuación de procedimiento. [↑](#footnote-ref-296)
297. Ya se ha señalado que solo se menciona expresamente el error en la valoración de la prueba, *in iudicando*, para justificar la naturaleza ordinaria del recurso (aunque, como se ha explicado, ello se impida a la acusación). [↑](#footnote-ref-297)
298. No sería un mal momento para ampliar la posibilidad de practicar prueba nueva sobre “hechos viejos” en la apelación civil, pues hoy en día solo (salvo en los supuestos de rebeldía) se consiente si se trata de prueba documental, art. 460.1 LEC. [↑](#footnote-ref-298)
299. En realidad, los núms. 3º (infracción de las normas procesales que llevan aperada nulidad o provocan indefensión) y 4º (derechos fundamentales del art. 24 CE), aglutinan necesariamente a los otros dos: 1º falta de jurisdicción, competencia objetiva o funcional, y 2º infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Por ello, lo oportuno sería eliminarlos y sustituirlos por otro que, aprovechando la redacción del núm. 2 englobase los quebrantamientos de forma *in iudicando* en el plano de legalidad y constitucionalidad (ya que estos últimos en la actualidad no se distinguen): infracción de las normas reguladoras de la sentencia y los derechos fundamentales procesales atinentes a las mismas, para diferenciarlos de los quebrantamientos *in procedendo* [↑](#footnote-ref-299)
300. En los recursos ordinarios también hay que distinguirlos porque, a efectos del tratamiento procesal, aquellos que van a obligar, en ocasiones, a retrotraer son los *in procedendo*. [↑](#footnote-ref-300)
301. “El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.” [↑](#footnote-ref-301)
302. art. 730.2: “a) Quebrantamiento de normas o garantías procesales determinante de efectiva indefensión. b) Irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia.” [↑](#footnote-ref-302)
303. En el apartado VIII de la Expo. de motivos se señala que, dentro de la casación, se consiente la infracción de ley penal sustantiva en todos los supuestos y solo de precepto constitucional y procesal en los más graves. Aunque la redacción del art. 605.1 resulta harto imprecisa, al distinguir entre precepto constitucional y normas jurídicas sustantivas. Por un lado se olvida el plano de legalidad procesal (exiguo pero posible: elecciones del legislador sin trascendencia constitucional; por ejemplo la prohibición de utilizar las declaraciones sumariales de un testigo practicada con contradicción en la LOTJ, art. 46), por otro se ignora que las normas jurídicas sustantivas también están integradas por el plano de constitucionalidad salvo el art. 24 CE. Además se olvida la aplicación directa de los preceptos constitucionales, por lo que sería aconsejable excluirla taxativamente, aunque fuera a través de la fórmula: Solo podrá alegarse… [↑](#footnote-ref-303)
304. “La exigencia de dicho interés cualificado para la formación de doctrina jurisprudencial pasa, sin embargo, a extenderse a todos los recursos de casación del ámbito penal, también, por tanto, a los que pretendan fundarse en la infracción de una norma o garantía procesales. Los motivos de interés casacional se expresan, a su vez, de forma amplia y flexible para permitir que el Tribunal Supremo sea el que administre su aplicación de un modo prudente y adecuado. Se parte, para ello, de la interpretación que la propia Sala Segunda ha efectuado del alcance del interés casacional de la ley 41/2015, que se completa en lo indispensable para que la unificación doctrinal pueda alcanzar también al ámbito procesal.

     En relación con los motivos de casación puramente procesales se opta, por cierto, por la limitación de las sentencias recurribles. Solo accederán a la casación procesal las dictadas en primera instancia por tribunal colegiado” [↑](#footnote-ref-304)
305. Art. 477.2. “El recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional.” [↑](#footnote-ref-305)
306. Así parece deducirse del art. 476.2.III LEC, que no ha entrado en vigor y que regula el recurso extraordinario por infracción procesal del que debían conocer los TT.SS.JJ, lo que obligaba a devolver en todo caso. Pues bien, allí se señala que si se apreció indebidamente la falta de jurisdicción pero se había celebrado el juicio y practicado la prueba se entraba a conocer del fondo (el tribunal al que se retrotraían las actuaciones). [↑](#footnote-ref-306)
307. Art. 738.2. ALECRIM “Cuando la sentencia apelada sea anulada por apreciarse la infracción de normas o garantías procesales, el tribunal, sin pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión acusatoria, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la infracción, sin perjuicio de que conserven validez todos aquellos actos cuyo contenido no haya de verse afectado por la infracción cometida.” [↑](#footnote-ref-307)
308. Compartimos las consideraciones críticas de NIEVA FENOLL, J., “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad (Immediacy and evidence evaluation: the return of the irrational)”, *Civil Procedure Review,* 2017, <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>, a la extrapolación hasta límites absurdos de la inmediación como un impedimento para revisar la valoración de la prueba. [↑](#footnote-ref-308)
309. , STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD Octavo, “Los elementos subjetivos, en otro orden de cosas, forman parte de la quaestio facti . Rige también respecto de ellos la prohibición de revisión en fase de recurso contra reo sin previa audiencia directa de los acusados y reproducción de la prueba personal que haya basado la convicción -o falta de convicción- de la Audiencia.”, por lo que, FD Noveno, “Nunca puede ser estimado por razones de fondo un recurso de casación interpuesto por una acusación que propugne revisar las deducciones o inferencias sobre los elementos psicológicos o internos determinantes de la tipicidad o de la culpabilidad”. Aunque, FD Noveno, si “pueden fundamentar su decisión discrepante modificando la valoración del tribunal de instancia sobre la necesidad y concurrencia de los elementos subjetivos del delito cuando tal revisión se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre los extremos expuestos, en un error de subsunción jurídica, cuya apreciación no precise revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos en el caso concreto”. Sobre lo mismo, STS 377/2020 de 8 Jul. 2020, Rec. 4179/2018, ECLI: ES:TS:2020:2260, FD cuarto. Se recomienda la lectura del FD Tercero de la STS 70/2014, 3 de Febrero de 2014, Número de Recurso: 1653/2013. [↑](#footnote-ref-309)
310. Como se sabe, la distinción entre *ius constitutionis* y *ius litigatoris*, trae causa del derecho romano (Digesto, 49, parágrafo, 1, 2), de la nulidad – *contra leges et constitutiones* (destinada a la protección de aquel, el error de derecho en el derecho objetivo). La posibilidad de alegar el error de hecho fue el fundamento de la apelación (destinada a la protección del *ius litigatoris* y que permitía alegar el error de hecho y de derecho en la frente a la nulidad). Fue el glosador Búlgaro quien retomó la distinción entre el error de hecho y de derecho así como la de *ius constitutionis* y *ius litigatoris*. CALAMANDREI, P., *La casación…, op. cit.,* p. 63, y especialmente AIKIN ARALUCE, S., *op. cit.,* pp. 71 a 73.

     La exclusión originaria de la *quaestio facti* en el derecho romano, en la nulidad, se debía a que se reputaba un error con menor trascendencia, ya que se entendía que en la elaboración fáctica de la premisa menor el tribunal no estaba sometido a norma alguna sino a su propio arbitrio. [↑](#footnote-ref-310)
311. Como una diferencia esencial entre apelación y casación, NIEVA FENOLL, J., *El recurso…, op. cit.,* pp. 85 y 86. [↑](#footnote-ref-311)
312. Porque en los extraordinarios sería posible, si así lo dispone el legislador, solicitar prueba sobre la infracción procesal cometida, como hace el art. 471 LEC en el caso del recurso extraordinario por infracción procesal. [↑](#footnote-ref-312)
313. El art. 3 del Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 impedía tal circunstancia al *Tribunal de Cassation* HUALDE LÓPEZ, I., *op. cit.*, pp. 181 y ss., explica que la *Cour de cassation* es la que añade el control de la calificación jurídica de los hechos que realizó el tribunal *(fausse aplication de la loi)*, lo que contravenía la prohibición inicial de que se conociese del fondo del asunto. [↑](#footnote-ref-313)
314. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *La casación civil…, op. cit.,* pp. 19 y 20. [↑](#footnote-ref-314)
315. En buena técnica, el error de hecho o notorio lo que exige es contrastar fijación de hechos que hace el tribunal, a partir de su fundamentación de la valoración de la prueba, con el contenido objetivo del medio de prueba desplegado en el juicio, al margen de la valoración del mismo, de suerte que no exista una discrepancia decisiva entre ambos extremos. De esta manera se controla el posible yerro “objetivo” del tribunal al valorar los medios de prueba: se comprueba que el contenido de estos, *e.g.,* lo que se contiene en el documento, en el informe pericial, lo que dijo el testigo…, coincide con lo que efectivamente sostiene el tribunal en su fundamentación sobre ellos (lo que el tribunal afirma que se recoge en el documento, en el informe pericial, lo que depuso el testigo…), con independencia de la influencia que tuvieran a la hora de fijar su convencimiento sobre la existencia los hechos controvertidos.

     En definitiva, se trata de la herramienta necesaria para comprobar que el tribunal no haya incurrido en la arbitrariedad en la fijación de los hechos y ello haya sido decisivo para el resultado del pleito, art. 24.1 CE. Insistimos en que se trata de un control objetivo, lo que se comprueba es lo que el tribunal “dice” que fue el contenido del medio de prueba, no lo que el tribunal “piensa” acerca del contenido. No se trata de revisar la valoración de la prueba. Por eso cuando existen medios de prueba cuyo contenido avala la fijación de los hechos realizada por el tribunal, se desdeña la existencia de este error, arguyendo que lo que realmente existe es un desacuerdo con la valoración de la prueba. De esta manera, no basta una discrepancia entre el contenido del medio de prueba y lo que el tribunal sostiene que fue aquel, sino que aquella ha de ser decisiva para el resultado del pleito (como cualquier quebrantamiento de forma) y que no existan otros medios de prueba cuyo contenido contradiga el del medio de prueba en cuestión.

     Pues bien, resulta lógico que esta revisión externa de la fijación de la *quaestio facti* (al margen de la aversión del TS a adentrarse en la revisión de esta, en lo que se entendía una excepcionalidad en el recurso extraordinario) estuviese rodeada históricamente de las mayores exigencias: había que contar con un instrumento cierto que sirviera para comprobar cuál era efectivamente el contenido del medio de prueba en cuestión, para contrastarlo con lo que había sostenido el órgano *a quo* al respecto. Y ello, evidentemente solo podía darse en el caso de los documentos o, en todo caso, de alguna actividad documentada (*e.g.* un informe pericial). Ciertamente, las actas tradicionales del juicio (en la que el Secretario o LAJ afirmaba lo que se había manifestado u ocurrido en la vista) carecían objetivamente de dicho valor. Ahora bien, este discurso en la actualidad carece de validez, dada la grabación audiovisual de las vistas: ya no se puede dudar del contenido objetivo de estas (aunque el TS, Sala 2ª, mediante Acuerdo de 2017, *infra,* haya resaltado las deficiencias del sistema). Por eso, resulta un imperativo de la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, extender a cualquier medio de prueba, aunque sea personal, la posibilidad de originar el error de hecho en la valoración de la misma. ¿Puede, *e.g.,* seguir negándose la concurrencia de este si el tribunal ha basado decisivamente, sin que resulte contradicho por el contenido de otro medio de prueba, su resolución en lo que el afirma que fue el contenido de la declaración de un testigo cuando de la grabación de la vista resulta evidente que no aconteció así?

     En cualquier caso, la interpretación restrictiva de documento casacional, art. 884.6º LECrim, sigue imperando a día de hoy, así, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 65/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 10381/2018, ECLI: *ES:TS:2019:345,* FD octavo, y en el mismo sentido la STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 838/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 10517/2014, FD segundo, que remite a los criterios de la STS 1850/2002, y recuerda que se admite también al informe pericial (aunque se trata de una actividad documentada, una prueba personal, por lo que también hay que atender a la actuación del perito en el juicio) con una serie de restricciones; cuando sobre ese aspecto fáctico no existen otros medios y el informe o informes coincidentes: 1) se ha incorporado de forma mutilada, incompleta, fragmentaria o contradictoria, apartándose decisivamente del contenido originario de aquel, o, 2) el tribunal no razona por qué se ha apartado del contenido de aquel, SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3. En cualquier caso, dicha doctrina se aproxima así a lo previsto para el recurso de suplicación, art. 193.b) LJS, acerca de la revisión en esa sede de la prueba pericial. [↑](#footnote-ref-315)
316. FERNÁNDEZ-BOIXADER, N., *El documento auténtico en el recurso de casación penal,* Madrid, 1973, p. 16; ÁLVAREZ-VALDÉS, F., “La reforma de la casación penal”, *RDPub.*, 1934, p. 43. [↑](#footnote-ref-316)
317. Art. 1692, 4.º “Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.” [↑](#footnote-ref-317)
318. Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del artículo 849, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “EXPOSICION DE MOTIVOS: Desaparecido el documento «auténtico» a efectos de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nueva redacción del artículo 1.692, 4., de aquélla, parece congruente reformar, asimismo, y con exclusivo e idéntico alcance, la casación penal.” [↑](#footnote-ref-318)
319. Exposición de motivos, 3 [↑](#footnote-ref-319)
320. En el apartado I “Motivos “. 1 “Recurso extraordinario por infracción procesal”, del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de 2017, se afirma, “La valoración de la prueba no puede ser materia de los recursos extraordinarios. Solo el error patente puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un error fáctico -material o de hecho-; (ii) debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; (iii) no podrán acumularse en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; (iv) es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho.” [↑](#footnote-ref-320)
321. Efectivamente, la implantación del jurado a través del art. 125 CE, obligó, a través del juego del art. 24.1 CE, a exigir la motivación del veredicto como una auténtica novedad en esta institución, aunque sea con un alcance diferente al del tribunal profesional, STS Sala Segunda, Sección 1, STS 3582/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3582 de 23 de octubre de 2018, FD cuarto, “Un veredicto, aunque parco en extensión, debe reputarse suficiente, si la motivación del jurado, atendidas las circunstancias del caso, y las concretas pruebas que fundamentan sus declaraciones, son suficientes para conocer el diseño probatorio en que los jurados hicieron descansar su convicción ( Sentencia 1775/2000, de 17 de noviembre). La STS 1825/2001, de 16 de octubre, declara que no puede exigirse exhaustividad a los jurados, legos en derecho, pues la motivación es calificada por la ley como "sucinta". Y finalmente la Sentencia 1069/2002, de 7 de junio, expresa que el sistema de enjuiciamiento por jurado impone un estándar de motivación menos exigente, dada la calidad no técnica y la falta de experiencia de los integrantes del tribunal.”. Y STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 280/2018 de 12 Jun. 2018, Rec. 10779/2017, ECLI: ES:TS:2018:2373, FD Primero.3 “En cualquier caso, en cuanto a la motivación del veredicto, es criterio reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo ( [STS 796/2014, de 26 de noviembre](javascript:Redirection('JU0005215899_Vigente.HTML')) ). Y además, como recuerda la [STS núm. 908/2013, de 26 de noviembre](javascript:Redirection('JU0004969912_Vigente.HTML')) , el contenido de dicha garantía constitucional no ampara la mera discrepancia con la retórica argumentadora de la resolución que se impugna. Con tal laxitud el [artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](javascript:Redirection('LE0000017566_Vigente.HTML#I871')) abriría la casación a todo el espectro de posibilidades de refutación propias de la más amplia concepción de la apelación.” [↑](#footnote-ref-321)
322. Resulta conocido que fue la Instrucción del Marqués de Gerona, 1853, la primera que cristalizó en nuestro país el deber de motivar los fallos. Pero la extensión al deber de fundamentación de la fijación de la *quaestio facti,* una obligación que rectamente entendida alcanza también a las pruebas desdeñadas, tardó más de un siglo en implantarse: al margen de que esté incardinada en el art. 24.1 CE, como señala la jurisprudencia del TC que se reseña inmediatamente, es con el art. 209.2º y 3º LEC, donde se explicita con mayor claridad. [↑](#footnote-ref-322)
323. “Este Tribunal ha reiterado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incursa en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).” Y en el FJ 5 se explicita: “En ese sentido, la mera afirmación de que no existe acreditación documental, por resultar apodíctica, no satisface las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE de que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este discurso permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales

     que fundamentan la decisión.” [↑](#footnote-ref-323)
324. STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 325/2020 de 17 Jun. 2020, Rec. 3593/2018, ES:TS:2020:2107, FD primero, “El tribunal se refugia en el principio de valoración conjunta de la prueba, pero no individualiza ni valora las pruebas de cargo que le han llevado a considerar que el recurrente no era un mero empleado y que participó de forma conjunta en la ejecución del fraude.” [↑](#footnote-ref-324)
325. Es clásica la doctrina del TC acerca del control del razonamiento indiciario a partir de la lógica de aquel y de la suficiencia de los indicios, que el TS ha explicitado y desarrollado, cristalizando en la teoría de la prevalencia de la hipótesis elegida, a la que ya se ha hecho referencia, STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 838/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 10517/2014, FD Séptimo. [↑](#footnote-ref-325)
326. “Según la [STC. 82/2001](javascript:Redirection('JU0000709486_Vigente.HTML'))"solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento ", STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 425/2014 de 28 May. 2014, Rec. 1137/2013, FD séptimo. [↑](#footnote-ref-326)
327. Por eso la jurisprudencia diferencia entre el contenido de la presunción de inocencia del acusado, que exige una revisión de la *quaestio facti* mucho más intensa y el derecho a la fundamentación del fallo de la acusación dentro de la tutela judicial efectiva. De esta suerte se suele argumentar que el derecho a la fundamentación en materia probatoria es de menor intensidad, “un canon de fundamentación menos riguroso” dentro del discurso que afirma que no ostenta una presunción de inocencia invertida SSTS 631/2014, de 29 de septiembre o 901/2014, de 30 de diciembre y STS 323/2018 - ECLI: ES:TS:2018:323-, de 7 de febrero, FD tercero.7. Explicitaciones, sobre todo la primera, que en nuestra opinión entrañan cierto riesgo (por eso el propio TS señala matizaciones, STS, Sala 2ª, Sección 1, 1517/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1517, de 9 mayo de 2019, FD Primero.3), para precisar lo que se expresa en el texto principal. Así señala la STS de 7 de febrero de 2018, citada, FD tercero.7. *in fine*: “En definitiva, en el caso de revisión de sentencia absolutoria, no se trata de que el Tribunal que conoce de la apelación examine si procedía la condena, sino si el argumento de la absolución es patentemente arbitrario hasta el punto de poder tenérsele por inexistente”.

     Es más, el TS llega a admitir la “integración” de la *quaestio facti* en favor del acusado, con hechos incluidos en la fundamentación jurídica, mientras que no lo consiente en su perjuicio, STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD Octavo. [↑](#footnote-ref-327)
328. SSTS TS, Sección 1ª, 11/01/2017, núm. 984/2016, núm. rec. 10365/2016, FD primero 2**;** de la misma fecha, núm. 987/2016, núm. rec. 10359/2016 Numroj**:** STS 48:2017 ECLI**:** ES:TS:2017:48 FD. Primero 3**;** de idéntica fecha núm. 977/2016, núm. rec. 10164/2016, Numroj**:** STS 50:2017, ECLI**:** ES:TS:2017:50, FD primero 3; ATS 12/01/2017, núm. 240/2017, núm. rec. 919/2016; ATS 1253/2017, ECLI**:** ES:TS:2017:1253ª, FD pdrimero B; ATS núm. 182/2017, núm. rec. 1806/2016; ATS 617/2017, ECLI**:** ES:TS:2017:617A, FD primero C. [↑](#footnote-ref-328)
329. Sin duda puede discutirse acerca de la oportunidad de la ausencia de necesidad de reclamar previamente en el caso de que se trate de la lesión de un derecho fundamental procesal, mas lo que deja constancia es de la conciencia del legislador de que la tutela de los derechos fundamentales, especialmente los procesales, en el plano de constitucionalidad, están revestidos de la necesidad de una tutela procesal reforzada. Aunque también es evidente que dada la confusión que, *supra,* existe entre el plano de legalidad y constitucionalidad, al final resultaría que ningún quebrantamiento de forma requeriría la reclamación previa. Así, al respecto, STS Sala 2ª, Sección Primera, 3002/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3002 , FD Primero b) “Es verdad que el art. 846 bis c) en su primer apartado muestra indulgencia cuando se trata de infracciones constitucionales. Pero, sin ánimo de enzarzarnos en un debate ahora estéril, si se interpretase literalmente tal inciso quedaría vacío de contenido el párrafo final del mismo precepto: toda indefensión -lo que se exige como requisito para que prospere un motivo del apartado a)-, por definición, supone una infracción constitucional (sin que pueda producirse indefensión: art. 24.1 CE )”. Precisamente conviene recordar que el art. 469.2 LEC, al regular el recurso extraordinario por infracción procesal, dispone lo contrario y obliga a denunciar el vicio, cuando sea posible, aun cuando se trate de un derecho fundamental procesal, art. 24 CE. [↑](#footnote-ref-329)
330. Art. 477.5 LEC. “La valoración de la prueba y la fijación de hechos no podrán ser objeto de recurso de casación, salvo error de hecho, patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones.” [↑](#footnote-ref-330)
331. La jurisprudencia constitucional se había ido aquilatando, desde la STC 167/2002, respecto de la prueba no personal que cabe volver a valorar en segunda instancia y así alterar la *quaestio facti* (además del error de hecho y la presunción de inocencia) y ha señalado los tres supuestos factibles: 1) el caso de pruebas documentales (así, [SSTC 272/2005, de 24 de octubre](javascript:Redirection('JU0002137802_Vigente.HTML')), FJ 5, o [153/2011, de 17 de octubre](javascript:Redirection('JU0004356969_Vigente.HTML')), FJ 4), o 2) de pruebas periciales documentadas (así, [SSTC 143/2005, de 6 de junio](javascript:Redirection('JU0002031754_Vigente.HTML')), FJ 6, o [142/2011, de 26 de septiembre](javascript:Redirection('JU0004339107_Vigente.HTML')), FJ 3)-; o, 3) también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia. Así se recoge, por ejemplo, en la SAP de León, Sección 3ª, Sentencia 546/2019 de 11 Dic. 2019, Rec. 1099/2018, ECLI: *ES:APLE:2019:1476*, FJ quinto. Y, sin embargo, la recepción plena de la jurisprudencia del TEDH ha alterado radicalmente este panorama que ya solo quedaría en vigor para el acusado. [↑](#footnote-ref-331)
332. Parece evidente que allí donde ya la inmediación fue delimitada en primera instancia, mediante la aportación y lectura en su caso, de esa actividad practicada con todas las garantías, también debería permitir su valoración en segunda instancia (que solo puede solicitar el acusado). Ahora bien, el problema acontece cuando la actividad documentada se ha completado en el juicio con alguna actividad sobre ella, con la declaración del perito, del testigo o del acusado… En estos supuestos no cabría volver a valorar la prueba en los recursos (la practicada en la fase de investigación junto con las aclaraciones o rectificaciones del juicio). Por otra parte, en la actualidad, parece evidente que la documentación consistirá en la mayoría de las ocasiones en el empleo de los soportes audiovisuales, arts. 229 y 230.3 LOPJ, 433 LECrim.

     Sin embargo, esta intelección que proponemos topa con la interpretación restrictiva que se hace de la exigencia de inmediación en segunda instancia: en ningún caso la actuación de carácter personal documentada podría revisarse en apelación, *supra*.

     Ahora bien, ya se trate de un acta tradicional o de una grabación en soporte audiovisual, lo cierto es que se consiente al tribunal con competencia objetiva, el que conoce en primera instancia, una delimitación de la inmediación, valorar en ciertas circunstancias una actuación documentada de la fase de investigación que reúne todas las garantías –constituya o no un supuesto expreso de prueba anticipada-, que no se permite al tribunal con competencia funcional en segunda instancia (valorar las actuaciones documentadas). Sin duda, la justificación final es que de otra manera, dada además la actual grabación de las vistas, arts. 743, 788.6,y 972 LECrim, se podría volver a valorar toda la actividad probatoria desplegada en el juicio, delimitando por completo la exigencia de inmediación en apelación (no olvidamos que el Pleno del TS adoptó, el 24 de mayo de 2017, un Acuerdo poniendo de manifiesto que: “El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia”). A pesar de ello, al margen de esta *ultima ratio*, la situación actual comporta una conclusión ineludible: la diferenciación entre la exigencia de inmediación en primera y segunda instancia penal no es una cuestión objetiva (la actividad que sí se puede valorar), sino de intensidad, de *quantum*: la inmediación consiente que el tribunal de primera instancia valore toda la prueba practicada ante el además de alguna actividad documentada que ha respetado todas las garantías en ciertos supuestos. Esta perspectiva de la exigencia de inmediación: la delimitación de la misma se consiente con carácter complementario en primera instancia, parece razonable, pero choca con la realidad: ¿qué sucede si la única prueba con la que se cuenta es la actividad documentada, *e.g.,* la declaración del testigo o del acusado ante el juez de instrucción?, ¿o cuando la actividad probatoria consiste en esa declaración y la negativa a deponer en el juicio por razones de parentesco?, ¿y en aquellos casos en los que no es la única actividad probatoria pero la restante consiste en documentos, así, piénsese, *e.g.*, en la mencionada declaración sumarial acompañada de croquis o fotografías del lugar? ¿Cómo se puede justificar en estos casos que lo que se consiente en primera instancia, valorar estas actuaciones carentes de inmediación que conforman exclusivamente la actividad probatoria, no lo pueda llevar a cabo el tribunal en segunda instancia? [↑](#footnote-ref-332)
333. Entendemos que la otra posibilidad que se prevé para que la acusación pueda alegar el error en la valoración de la prueba, la indebida declaración de nulidad de algún medio de prueba, no es tal, por resultar imposible lógica y metafísicamente: el error en la valoración exige que este hecho haya acontecido, que una prueba practicada se haya ponderado por el tribunal; la exclusión de la valoración impide la existencia de un error en su apreciación (nadie puede errar al llevar a cabo una conducta si no la realiza efectivamente). Estamos, pues, en presencia de una omisión indebida de la valoración de un medio de prueba, no por descuido sino por un razonamiento equivocado acerca de su validez (un error sí, pero no en la valoración). Cualquier exclusión indebida del empleo de aquel, ya sea por omisión inconsciente o por rechazo expreso inopinado, afecta, si es decisiva, al art. 24.1 CE. [↑](#footnote-ref-333)
334. En la Expo. de Motiv. VIII Libro, VI Los recursos, encabeza así el recurso: “Por fin se hacía necesario reordenar el sistema de revisión de valoración de la prueba en segunda sentencia cuando se trata de sentencias absolutorias.” Y se hace un repaso de la jurisprudencia del TEDH que estaba empezando a recogerse, en su versión más estricta, en las sentencias del TS. La lectura del proyecto es mucho más clarificadora que la de la Exposición de Motivos de la L 41/2015, apartado IV Expos. de motiv. [↑](#footnote-ref-334)
335. Una exposición detallada puede verse en STS, Sala de lo penal, Sentencia núm. 210/2020, 21/05/2020, Núm proced. 3058/2018, FD segundo y tercero. [↑](#footnote-ref-335)
336. La Expo. de Motiv. del Proyecto de Código, *cit.*, señala específicamente la STEDH de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España. Y la STS, Sala de lo penal, Sentencia núm. 210/2020, 21/05/2020, Núm proced. 3058/2018, FD segundo, “Particularmente significativa es la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial -era un supuesto de mala praxis médica-, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo. Para la Corte supranacional con sede en Estrasburgo existió violación del artículo 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la más reciente STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto Gómez Olmedo c. España).” [↑](#footnote-ref-336)
337. La STS 976/2013, Núm. Recurso: 662/2013, Núm. Cendoj: 28079120012013100996, Núm. Ecli: ES:TS:2013:6275, Núm. Roj: STS 6275/2013, resulta decisiva al explicar las consecuencias de la jurisprudencia del TEDH. [↑](#footnote-ref-337)
338. “Incidencia del orden de tribunales en la apelación y casación”, “Hay que partir aquí de que el modelo de apelación consolidado en nuestro sistema procesal no es el de un nuevo enjuiciamiento del hecho que obligue al desplazamiento de las diversas fuentes de prueba. De ahí que pueda asumirse una opción racionalizadora del organigrama judicial, similar a la adoptada para otros órdenes jurisdiccionales que han tenido un despliegue territorial más reciente.” [↑](#footnote-ref-338)
339. “Segunda instancia”, “El sistema entonces diseñado *(el de la L 41/2015)* coincide, por ello, en sus líneas esenciales con el que la presente ley arbitra, aunque, como ya se explicó, existen importantes diferencias entre ambos desde el punto de vista orgánico” [↑](#footnote-ref-339)
340. Art. 730.2. “b) Irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia.” [↑](#footnote-ref-340)
341. Para que no haya dudas acerca de la presunción como, equivocado, epicentro de la segunda instancia, al margen de la regulación positiva, apartado LXXXI, Segunda instancia, “Es evidente que, dictada una sentencia condenatoria, los márgenes de revisión deben ser más amplios, pues la persona condenada está asistida de un derecho que no tiene correspondencia en el lado de los acusadores: la presunción de inocencia. El estatuto constitucional de la persona acusada exige, inequívocamente, la configuración de una apelación asimétrica, en la que se configuran motivos comunes de infracción de ley sustantiva y procesal que se ven significativamente desbordados cuando se trata del recurso de apelación interpuesto frente a una condena, pues hay infracciones legales que son exclusivas del estatuto procesal de quien se encuentra protegido frente a toda resolución condenatoria que no haya sido dictada en virtud de prueba de cargo suficiente y más allá de toda duda razonable.”

     Y más adelante, “Solo el condenado puede pedir, en definitiva, una verdadera revisión de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria impugnada pues solo él puede alegar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su doble dimensión de regla de juicio y regla probatoria”. [↑](#footnote-ref-341)
342. Es verdad que en el art. Artículo 728. Motivos de apelación, dispone que, además de la infracción de normas sustantivas o procesales que puede alegar cualquier parte, “La persona condenada podrá interponerlo, además, para instar la revisión de la valoración de la prueba en la que se basa el fallo condenatorio.” Pero ello, como se desprende de la Expos. de motiv. que transcribimos, se refiere a la presunción de inocencia. Y así el art. 733 lo certifica. “Recurso de la persona condenada para la revisión de la valoración de la prueba” “1. La persona condenada en la instancia podrá interponer recurso de apelación para instar la revisión de la valoración de la prueba en todo lo relativo a la suficiencia, la validez y la licitud de la prueba de cargo. También podrá denunciar que la culpabilidad ha sido establecida sin refutar suficientemente, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las hipótesis alternativas más favorables que hubieran sido objeto de debate en la instancia. 2. La persona condenada solo podrá reclamar que el tribunal de apelación tome en consideración hechos relevantes para la decisión del recurso que no fueron debatidos en la instancia cuando haya tenido conocimiento de ellos con posterioridad a la conclusión del juicio oral, debiendo acreditar suficientemente esta circunstancia. 3. La persona exenta de responsabilidad criminal a la que se hubiese impuesto una medida de seguridad o cuya responsabilidad civil hubiese sido declarada en sentencia podrá interponer recurso de apelación conforme a lo establecido en este artículo para solicitar la revisión de la valoración de la prueba.” [↑](#footnote-ref-342)
343. Artículo 726. “Objeto del recurso. 1. El recurso de apelación contra las sentencias tiene por objeto verificar la adecuación a la legalidad del proceso desarrollado en la instancia, asegurando, en particular, que las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de las partes han resultado respetados.” [↑](#footnote-ref-343)
344. Expos. de mot., apartado LXXXII, “Para ello, se aclara, en primer lugar, que el recurso de casación tiene por objeto la formación de doctrina jurisprudencial vinculante, sin que constituya una segunda revisión de la legalidad del proceso previo. Los cometidos característicos de la apelación y la casación son, por tanto, claramente deslindados “ [↑](#footnote-ref-344)
345. Expos. de mot. LXXXI, “Solo el condenado puede pedir, en definitiva, una verdadera revisión de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria impugnada pues solo él puede alegar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su doble dimensión de regla de juicio y regla probatoria”. Y lo aclara por si alguien tenía alguna duda, “El tribunal superior deberá revisar la adecuación de la valoración probatoria a las exigencias del derecho fundamental a ser presumido inocente, lo que implica mucho más que la mera comprobación de la existencia de una prueba de cargo suficiente, válidamente obtenida y legalmente practicada. El tribunal de apelación deberá asegurarse de que esa prueba haya sido racionalmente evaluada, conforme a las reglas de la experiencia, y habrá de realizar además el imprescindible control de la duda razonable. Un control que exige descartar la existencia de otras tesis alternativas racionales que habrían debido llevar a un pronunciamiento absolutorio. En este punto el modelo quiere ser taxativo en cuanto a las posibilidades revisoras de la segunda instancia. La falta de inmediación impide la revisión de los hechos en los casos de sentencia absolutoria pero no puede ser invocada indebidamente para eludir el deber de comprobar que se han cumplido escrupulosamente los exigentes estándares de valoración de prueba que hacen posible un pronunciamiento condenatorio.” [↑](#footnote-ref-345)
346. Exposición de mot. LXXXI, “Segunda instancia”, “En el plano procesal se mantienen, sin embargo, los rasgos esenciales del modelo de apelación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que son, en realidad, los mismos, salvo algunos matices, que caracterizan a la legislación en vigor.” [↑](#footnote-ref-346)
347. Exposición de mot. LXXXI, “Un modelo que, por tanto, no debe ser contemplado como una forzada adaptación legislativa interna a las obligaciones internacionales asumidas por España. Constituye, más bien, una nueva manifestación de la esencia del proceso penal como sistema de garantías establecido para la protección del ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado. Y es razonable que, desde esta perspectiva, el poder público que aspira a la imposición de la pena tenga una única posibilidad de acreditar la culpabilidad de la persona acusada y que esta, en cambio, pueda someter la condena recaída a una revisión ulterior que asegure la efectividad de todos sus derechos fundamentales como barreras infranqueables frente al ejercicio del poder punitivo.” [↑](#footnote-ref-347)
348. La mescolanza de conceptos es tal calibre que, *loc. cit.,* en este punto se afirma literalmente que la acusación solo puede recurrir por infracción de ley (se está refiriendo implícitamente al concepto tradicional de infracción de ley sustantiva) porque no puede solicitar la revisión de los hechos probados. “En otras palabras, las acusaciones no podrán, en ningún caso, solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la instancia; solamente podrán formular su recurso por motivos de infracción de ley” [↑](#footnote-ref-348)
349. Aunque el TS viene manteniendo a través de diferentes resoluciones y Acuerdos que la vista no se acomoda a la naturaleza del recurso de casación y que, en todo caso, correspondería al legislador su implantación, lo cierto es que la inexistencia de aquella, o el que resulte excepcional, es algo relativamente reciente: la vista era la regla general (no se preveía ninguna excepción a la misma, los arts. 25 y 26 de la Ley de 1870 así lo disponían –aunque sin letrados ni informes orales-, restricciones que ya no existen en los arts. 838 y 839 de la Ley provisional de 1872, y la LECrim de 1882, pormenoriza el desarrollo de la misma –que contaba con siete magistrados-, arts. 894 a 898, y 929), hasta que en 1949, L 16 julio, se reforma el procedimiento y (entre otras medidas), para acelerar la tramitación, se añade el Artículo ochocientos noventa y tres bis. “La Sala podrá decidir el fondo del recurso, sin celebración de Vista, señalando día para fallo, en el caso de que las partes no la conceptúen necesaria. Para prescindir del trámite de vista será necesario también que el acuerdo se adopte por unanimidad.”. Precepto que, junto al 882 bis, se reformará, dándole su versión definitiva, en 1988, L 21/88, Expos. de motiv., “De otro lado, y en atención al elevado número de asuntos en los que la vista oral del recurso resulta innecesaria, se exige, en términos generales, la expresa solicitud de las partes y una pena mínima de duración superior a seis años para que la vista tenga lugar. No obstante, se exceptúan de esta regla general determinados recursos cuyas específicas características hacen aconsejable la publicidad y aquellos otros supuestos en los que el propio Tribunal la considere oportuna.” [↑](#footnote-ref-349)
350. STS Sala de lo Penal, Sección 1ª, 3389/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3389 Id Cendoj: 28079120012017100655, 28/09/2017 Nº de Recurso: 1789/2016 Nº de Resolución: 639/2017 FD Segundo, “Al moverse en una dimensión estrictamente civil, sin trascendencia alguna en el plano sustantivo de derecho penal, no rige esa rigurosa doctrina. Ya se ha realizado tal afirmación en alguna jurisprudencia reciente ( STS 184/2017 de 23 de marzo ). Los aspectos puramente civiles de la sentencia quedan al margen de esa consolidada y conocida jurisprudencia nacional y supranacional. Saltan a la vista las razones de ello en cuanto se profundiza en los fundamentos de esas limitaciones. Baste recordar ahora que la acción civil dimanante de delito no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal: es materia civil. No tendría sentido que si fuese reservada por el titular para un procedimiento civil ulterior los condicionantes de un eventual recurso se rigiesen por principios estructurales opuestos o, al menos, divergentes en puntos esenciales. La distinta vía procesal no altera la naturaleza de la pretensión. Por tanto: no hay inconveniente para, a través del artículo 849.2 de la Ley procesal y siempre que se respeten todas las exigencias de ese cauce, alterar el hecho probado en contra del reo si la cuestión empeñada es de naturaleza puramente civil y no afecta a la subsunción jurídico-penal.” [↑](#footnote-ref-350)
351. Recuérdese, sin embargo que ha acabado por imponerse la jurisprudencia del TS que, frente a lo dispuesto en la LOTJ, ha sustraído al tribunal del jurado el pronunciamiento sobre la calificación jurídica del delito, de tal suerte que solo se le permite la declaración de hechos probados, así, por ejemplo, STSJ de Oviedo, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1, de 18 de diciembre de 2017, AS 3355/2017 - ECLI: ES: TSJAS:2017:3355; FJ primero. [↑](#footnote-ref-351)
352. En el caso de que se respetase la atribución prevista originariamente en la LOTJ y el jurado se pronunciase sobre la calificación jurídica, no habría inconveniente a que el órgano *ad quem* la revisase, por tratarse de la *quaestio iuris* y no estar en liza la exigencia de inmediación. [↑](#footnote-ref-352)
353. Como se sabe, la jurisprudencia también la denomina incongruencia omisiva o, en términos más coloquiales, “fallo corto”, SSTS, Sala Segunda, 77/2007 de 7 de febrero; Sentencia 729/2012 de 25 Sep. 2012, Rec. 29/2012, Para nosotros es preferible distinguir entre el deber de pronunciamiento, art. 24.1 CE, y la extralimitación respecto del objeto planteado por las partes, quebranto del derecho al juez imparcial, art. 24.2 CE, aunque en ocasiones ambas pudieran coexistir, *infra,* en algunos supuestos de incongruencia por *extra petita* que, a la par, supusieran la omisión de pronunciamiento. [↑](#footnote-ref-353)
354. No hay omisión de pronunciamiento (incongruencia según la jurisprudencia) "siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución". STC 204/2009, FJ 3º, que remite a la STC 218/2003, de 15 de noviembre, FJ 4 b).

     En cualquier caso, el legislador intentó eliminar, a través del art. 209.4ª LEC, el fenómeno de la desestimación tácita, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil, op. cit.*, p. 407. [↑](#footnote-ref-354)
355. Acerca de la distinción entre la falta de fundamentación fáctica y jurídica, SSTS, Sala de lo Penal, 1081/2009 de 11.de noviembre; 56/2009 de 3 de febrero; 433/2007 de 23 de mayo; Sentencia 192/2013 de 7 Mar. 2013, Rec. 10971/2012, sobre todo, cuando en el caso de la primera se ubica, para el condenado, en la presunción de inocencia, de suerte que provoca en lugar de la retroacción, la absolución, como ocurre en sede del TC, SSTC 5/2000 , 139/2000 , 148/2000 , 202/2000… [↑](#footnote-ref-355)
356. STS 404/2003, de 21 de marzo: “Tiene que haber un pronunciamiento anterior, suficientemente argumentado, hecho por el tribunal que conoció en la instancia del enjuiciamiento, sobre las diferentes cuestiones a resolver, incluso con la correspondiente motivación fáctica que no contiene la sentencia recurrida , pese a que hizo el oportuno relato de hechos probados. Si no existe tal pronunciamiento de fondo anterior, ni las partes tienen la necesaria información para razonar en el recurso al que tienen derecho, ni esta sala puede resolver al respecto con la fundamentación adecuada a dicha naturaleza devolutiva del recurso. El principio de inmediación procesal exige que el órgano judicial que preside la prueba y el debate sea quien resuelva con las debidas razones.” [↑](#footnote-ref-356)
357. “En otros supuestos en que percibiéndose que puede existir prueba de cargo lo que se comprueba es que la Sala de instancia ha andado remisa al verter sus argumentos, y esa pereza discursiva impide testar si estamos o no ante una convicción sólida y racional que satisfaga los parámetros de la presunción de inocencia, o si, por el contrario, la convicción se apoya en un soporte frágil, inconsistente y débil, inapto para llegar a la certeza, se impondrá el reenvío al tribunal de instancia. Solo contando con esa explicación del Tribunal suficientemente expresiva se estará en situación idónea para verificar si la decisión vulnera o no el derecho a la presunción de inocencia.”, STS, 1304/2017, Número de Resolución: 93/2018, 23 de Febrero de 2018, FD Tercero. Y respecto a la ausencia de fundamentación material que equivale a la ausencia de prueba, se señala también el supuesto de la falta de cualquier razonamiento acerca de la prueba presentada por la defensa que “alimenta una hipótesis alternativa a la inculpatoria que se presenta con un grado probabilístico semejante o al menos serio y fundado. En esos casos despreciar sin más esa prueba de descargo, silenciarla, puede ser la expresión, el signo, de que la prueba de cargo es insuficiente por no ser concluyente; es decir, por dejar abiertas otras hipótesis alternativas tan probables al menos como la incriminatoria.” [↑](#footnote-ref-357)
358. *E.g.,* si el tribunal en la primera instancia entiende que los hechos alegados no suponen la caducidad sino la prescripción, o bien que se trata de una determinada figura contractual y no otra; o bien si en el orden penal estima que se trata de un delito y no otro… En todos estos casos, de existir, acontecería una incongruencia *extra petita,* según que la mutación de la perspectiva jurídica haya alterado o no el objeto del proceso (lo cual es casi seguro en el orden civil *ex* art. 218 LEC, a pesar de que el TS, frente a la literalidad del precepto sigue apegado a la teoría de la sustanciación –la causa de pedir la conforman los hechos exclusivamente-, SSTS de 6 de octubre de 1988 *y* 1 de octubre de 2010, de 16 de noviembre de 2016; mientras que en el penal exigiría una modificación del bien jurídico protegido y que, tras haber planteado la tesis, no se hubiese asumido por las partes acusadoras), pero no acontecería un conocimiento *ex novo* en el recurso, por lo que no se impide la existencia de un nuevo fallo que corrija la indebida o errónea aplicación del derecho sustantivo por una subsunción inadecuada.

     En lo civil, desdeñar la importancia de la fundamentación jurídica respecto al objeto y a la congruencia, se traducía en la clásica afirmación según la cual lo que se recurre es únicamente la parte dispositiva, y que, “según la doctrina denominada «de la equivalencia de resultado» --o, en otras palabras, de «neutralización decisoria»--, no cabe estimar el recurso cuando deba mantenerse el fallo de la resolución recurrida, aunque sea por otros razonamientos jurídicos de los que ésta tuvo en cuenta (SSTS, Sala Primera, de; 2 de febrero de 1996 -C.D., 96C28-; 20 de octubre de 1997 -C.D., 97C2109-; 18 de diciembre de 1997 -C.D., 97C2274-; 24 de julio de 1998 -C.D., 98C1472-; 30 de noviembre de 1998 -C.D., 98C2120-; 19 de junio de 2000 -C.D., 00C1231-; 24 de julio de 2000 -C.D., 00C1335-; de 3 de octubre de 2000 -C.D., 00C1918-; y de 10 de enero de 2001 -C.D., 01C195 -)”, SAP de Madrid, Sección 10ª, Sentencia 192/2006 de 10 Mar. 2006, Rec. 460/2005 FD tercero. [↑](#footnote-ref-358)
359. STS 507/2020 de 14 de octubre, Rec. 10575/2018, ECLI: ES:TS:2020:3121 (Recurso Ceferino Desiderio –MADRID y CAM-) 19, analiza la jurisprudencia del TS al respecto y la STC 21/2008. [↑](#footnote-ref-359)
360. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 57/2020 de 20 Feb. 2020, Rec. 2463/2018, ECLI: ES:TS:2020:583, FD Duodécimo. Y en el FD vigésimo tercero de la STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm. 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/201 “El recurrente ha omitido un previo trámite de subsanación que la jurisprudencia viene exigiendo, habiendo entonado ya un adiós a la indulgencia que dispensó en los primeros años (SSTS 586/2014, de 23 de julio , ó 374/2017, de 20 de abril ). Es presupuesto inexcusable de un motivo por incongruencia omisiva, que antes se haya acudido al remedio sanador del expediente de complemento de la sentencia previsto en los arts. 267 LOPJ y 161 LECrim (argumento ex art. 884.5º LECrim así como 855.3º del mismo cuerpo legal), incidente que articuló con acierto un legislador preocupado por evitar retardatorias nulidades. Fiscal y otras partes recurridas ponen de manifiesto esta causa de inadmisibilidad que ahora se convertiría en causa de desestimación sin conocer del fondo.”. Y en lo civil: “No será motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia (art. 469.2 y arts. 214 y 215 LEC).” Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, I “Motivos”, 1. “Recurso extraordinario por infracción procesal”. [↑](#footnote-ref-360)
361. “La respuesta legal ordinaria y *canónica* ante la estimación de un motivo por infracción de ley ha de ser según nuestro régimen procesal el dictado de una segunda sentencia que sustituya a la anterior y en la que esta Sala ha de asumir el papel de Tribunal de instancia en la aplicación del derecho, haciendo prevalecer sobre el criterio de la Audiencia el plasmado en la sentencia de casación y extrayendo congruentemente las consecuencias jurídicas pertinentes (y entre ellas, en su caso, la correcta subsunción jurídica, la concurrencia o no de circunstancias o la penalidad concreta a imponer). Se aparta así de otros modelos de casación que culminan con la anulación de la sentencia y reenvío en todo caso al Tribunal de instancia para nueva sentencia adaptada a las pautas fijadas en casación. No siempre es posible ese final -segunda sentencia- al estimar un motivo del art. 849 LECrim.” STS735/2018 de 1 Feb., 2019, Rec. 2963/2017, ECLI: ES:TS:2019:268, FD séptimo. [↑](#footnote-ref-361)
362. STS 373/2018, de 17 de julio, citada en la STS735/2018 de 1 Feb., 2019, Rec. 2963/2017, ECLI: *ES:TS:2019:268*, FD séptimo. “En otros casos, siendo menos evidente, es también ese el camino más acorde con la legalidad interpretada armónicamente: casación de una absolución por atipicidad, cuando se alegaba también, v.gr., la concurrencia de una eximente completa que era controvertida (o cualquier atenuante debatida; o incluso, cuestiones de responsabilidad civil sobre las que pueden concurrir criterios contrapuestos). (…) Sin embargo cuando en los hechos probados no se ha resuelto sobre algún extremo fáctico, aunque sea secundario, por relevarse intrascendente a la vista de la solución dada por la Sala de instancia; o cuando se trata de un tema controvertido (por ejemplo, la defensa reclamaba una eximente y el Fiscal la rechazaba), no sería ordenado que resolviese esta Sala directamente sin un previo pronunciamiento de la instancia que fue omitido por esa razón: lo que era prescindible, ahora se toma imprescindible.” [↑](#footnote-ref-362)
363. Por eso una respuesta genérica no resulta acertada, cuando se afirma respecto de la posibilidad de condenar en casación a quien ha sido absuelto, “De otro, cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma haya vulnerado lo recogido en los artículos 24.1 , 9.3 y 120.3, todos ellos CE , en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos, si bien en este último caso la consecuencia sería la nulidad de la correspondiente sentencia y la devolución de las actuaciones para que se dicte otra ajustada a cánones racionales y no arbitrarios” STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 588/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2222/2016 ECLI: ES:TS:2017:3041, FD Cuarto.1. [↑](#footnote-ref-363)
364. La STS 612/2020 de 16 Nov. 2020, Rec. 10306/2020,ECLI: ES:TS:2020:3771, FD tercero, constata que el órgano de instancia no dio respuesta a una de las tesis de la acusación que exigía ponderar elementos subjetivos, la existencia de dolo, por lo que el TS no puede integrar el fallo sino provocar la retroacción. [↑](#footnote-ref-364)
365. Cuestión explicada en la STS735/2018 de 1 Feb., 2019, Rec. 2963/2017, ECLI: ES:TS:2019:268, FD séptimo. [↑](#footnote-ref-365)
366. SAP de Córdoba, Sección 2ª, Sentencia 85/2012 de 28 Mar. 2012, Rec. 50/2012, ECLI: ES:APCO:2012:95, FJ 2, “En esta situación, este Tribunal podría dictar sentencia que estudiase todas estas cuestiones, pero no por la confrontación de las razones recogidas en la primera instancia y las alegaciones de las partes recurrentes, sino por un examen directo del material probatorio empleado, tratando de encajarlo en las peticiones de las partes, labor ésta reservada a la primera instancia y que conlleva se prive al justiciable del derecho a la doble instancia que le asiste y del que se ve privado por las razones expuestas. Es por ello por lo que, pese al tenor del art. 465.2 LEC y la falta de petición expresa de parte (que sí alega como motivo de impugnación esa incongruencia por omisión), existe un derecho a la tutela judicial efectiva que se ha visto vulnerado y que se ha de restablecer acordando la nulidad de la sentencia con devolución de la causa al Juzgado de procedencia al objeto de que se dicte nueva resolución debidamente motivada, que abarque expresamente las causas de oposición a la resolución del contrato, y los motivos de impugnación planteados por el demandado en reconvención.” [↑](#footnote-ref-366)
367. SAP de Barcelona, Sección 8ª, Sentencia de 13 Nov. 2000, Rec. 228/2000,

     FD Segundo, (prescripción delito) “En base a lo anteriormente argumentado, procede sin entrar a analizar el resto de los motivos de apelación y conforme al art. 238.3 y concordantes de la L.O.P.J en relación con el art. 24 de la Constitución, decretar la nulidad de la citada sentencia por la incongruencia omisiva apreciada lo que implica acordar la devolución del asunto al juzgador de instancia, a fin de que se pronuncie acerca de la prescripción invocada en el acto del plenario], sin que proceda la resolución de la cuestión por este Tribunal a fin de no privar a la parte de la segunda instancia y no causarle indefensión.” [↑](#footnote-ref-367)
368. En la STS 577/2020 de 4 Nov. 2020, Rec. 1108/2019, ECLI: ES:TS:2020:364, FD tercero, recogiendo la doctrina de la citada STS 735/2018 de 1 Feb, se hace mención a dos SSTS núms. 1618/2000 de 19 de octubre. 299/2013, de 27 de febrero, en caso de jurado, en las que, sin desdeñar por completo la posibilidad de retroacción, se había optado por ubicar al TS en la misma posición que la Audiencia a efectos de favorecer la celeridad en la respuesta al recurrente. Debe notarse que se trataba de resoluciones en las que se consideraba que el TSJ había declarado improcedentemente la nulidad de la sentencia del tribunal del jurado, por lo que no había dado respuesta a otros motivos invocados por el recurrente. Este supuesto, en puridad, es diferente al que nos atañe (la ausencia de pronunciamiento respecto de cuestiones de fondo), por lo que la respuesta del TS sí parece acertada: hay que examinar el resto de las infracciones alegadas que se dejaron sin resolver. Ahora bien, si una de ellas fuera precisamente la omisión de pronunciamiento, habría que darle respuesta según los elementos señalados. Debe recordarse que actualmente ya no es posible recurrir en casación las sentencias definitivas de absolución en la instancia que declaran la nulidad del fallo recurrido, art. 847.2 LECrim. [↑](#footnote-ref-368)
369. STS Sala Primera núm. 1161/2016, de 18/03/2016, Nº de Recurso: 424/2014, Nº de Resolución: 185/2016 ECLI: ES:TS:2016:1161, Id Cendoj: 28079110012016100149, FD tercero, explica que a diferencia de otros supuestos, el tribunal de instancia no apreció la prescripción (la AP sí lo hizo) por lo que en lugar de retrotraer el TS se pronuncia sobre el fondo (responsabilidad civil extracontractual) a partir de la declaración de hechos probados. [↑](#footnote-ref-369)
370. Por eso en casación se analiza también si al resolverse una cuestión *ex novo* la parte “sorprendida” había tenido la posibilidad de impugnar esa cuestión aunque fuera a través de la adhesión supeditada que, como se explicó, permitiría plantear aspectos diferentes a los del recurrente originario, STS735/2018 de 1 Feb., 2019, Rec. 2963/2017, ECLI: ES:TS:2019:268, FD séptimo. [↑](#footnote-ref-370)
371. “Algunas veces es diáfano que es esa la única salida viable si se quiere preservar un adecuado orden procesal. V.gr., una sentencia que absuelve; por prescripción del delito, sin fijar hechos probados con precisión o sin analizar la prueba o eventuales problemas de tipicidad por considerarlo innecesario a la vista de la constatación de los periodos de paralización. Anulada por el Tribunal de casación al estimar que la prescripción se había interrumpido y que, por tanto, estaba indebidamente aplicado el art 113 CP es inviable dictar segunda sentencia de fondo por la misma Sala de casación. No solo se hallaría en la imposibilidad de hacerlo en relación a ciertos extremos (no puede fijar los hechos probados sin haber presenciado la prueba), sino que, además en los puntos que resolviese directamente, sin previo pronunciamiento de la Audiencia, estaría privando a las partes tanto de la posibilidad de impugnar, como de la oportunidad de que la Audiencia resolviese en primera instancia de una forma más favorable a sus intereses.”, STS 373/2018, de 17 de julio, citada por STS 735/2018 de 1 Feb., 2019, Rec. 2963/2017, ECLI: ES:TS:2019:268, FD séptimo. [↑](#footnote-ref-371)
372. Aunque en otras matiza el rigor del art. 240.2 LOPJ, “El Tribunal no puede acudir de oficio al expediente de la nulidad; en el bien entendido de que la disposición ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal: será factible la declaración de nulidad cuando esa sea la consecuencia inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad los términos de la nulidad que sustancialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita ( STS 299/2013, de 27 de febrero ).” FD Quinto. STS, 1304/2017, Número de Resolución: 93/2018, 23 de Febrero de 2018, FD Tercero. Y en el mismo sentido STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD Duodécimo. [↑](#footnote-ref-372)
373. STS 3771/2020, 16/11/2020 Nº de Recurso: 10306/2020, ECLI: ES:TS:2020:3771 Id Cendoj: 28079120012020100618, FD cuarto, “Frente a alguna jurisprudencia, más lejana en el tiempo, que mostró reticencias a reformular una pretensión casacional impugnatoria formalmente articulada por una vía, reconduciéndola a su auténtico contenido material (vid. SSTS 299/2013, de 27 de febrero o 1066/2012, de 28 de noviembre), en fechas más recientes se flexibilizó esa proyección inmatizada del art. 240.2 LOPJ al recurso de casación penal. No impide tal precepto, aunque no haya una formal petición de nulidad (que en cierto modo necesariamente existirá en tanto siempre se pedirá la casación lo que supone anular la sentencia), solventar el recurso de esa forma; es decir, sin dictar nueva sentencia y reenviando la causa al Tribunal de instancia cuando materialmente la pretensión casacional lleva naturalmente adosada esa respuesta, y no el dictado de una segunda sentencia inviable en algunos casos. No es inhabitual ese escenario en motivos por presunción de inocencia basados esencialmente en la falta de motivación fáctica: el recurrente solicita la absolución en casación y obtiene como respuesta la anulación de la sentencia para que se proceda a dictar nueva sentencia subsanando los defectos de motivación y sin perjuicio de acudir nuevamente a casación para evaluar, ya corregido ese déficit; el alegato por presunción de inocencia En muchas ocasiones se opta por esa vía de facto sin ni siquiera aludir al art. 240.2 LOPJ. En otras sí es mencionado ese precepto para negar que suponga un óbice para esa forma procesal de actuar. Muestra de ello es la STS 93/2018, de 23 de febrero…” [↑](#footnote-ref-373)
374. STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD Cuadragésimo primero. [↑](#footnote-ref-374)
375. En realidad lo que hacemos es enfatizar la trascendencia de uno de los dos factores señalados por CALAMANDREI a la hora de configurar la casación: la Corte de Casación y el recurso de casación, *El recurso…, op. cit. Vol 1º,* pp. 26 y ss. [↑](#footnote-ref-375)
376. NIEVA FENOLL, J., *La casación…, op. cit.,* p. 78. [↑](#footnote-ref-376)
377. A pesar de que la doctrina al intentar matizar y redifinir el concepto de nomofilaxis, hace hincapié, parte de ella, en que es más la *auctoritas* – la razonabilidad de su argumentación jurídica- de la Corte Suprema o TS, que su posición jerárquica la que provocaría (o debería hacerlo) aquella, TARUFFO, M., “La Corte di cassazione e la legge”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.,* 1990, pp. 390 y ss., entendemos que la realidad es otra: el valor (y la eficacia) de los fallos del TS no depende de su bondad intrínseca sino de su *potestas.* [↑](#footnote-ref-377)
378. Por poner solo un par de ejemplos, GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J. M., *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, T. III, Madrid, 1855, p. 331 y ss, (como resulta conocido el primero, además de presidente del TS, fue uno de los principales autores de la Lec de 1855, la primigenia después del fallido intento renovador de la Instrucción del Marqués de Gerona dos años antes) afirmaban que la casación que se desvincula de la injusticia notoria y segunda suplicación, tiene una misión diferente: la codificación supone la igualdad/unidad de la ley para todo el territorio, y la unidad de derecho exige unidad de jurisprudencia o interpretación de la misma; además de evitar que se ignore la existencia de la ley escrita y se supla por el derecho consuetudinario. Y “La creación y fortalecimiento del T.S. con la supresión de los antiguos Consejos Supremos de Castilla, Indias y Hacienda, dentro del sistema jurídico que se iba perfeccionando a lo largo del siglo XIX, comportaba una tendencia a la unidad en la Ley, su aplicación e interpretación, que creó un fuerte ambiente en la opinión a favor de la unificación de fueros o jurisdicciones…” LASO GAITE, J.F., “*Crónica de la codificación civil española”,* 2 Procedimiento civil, Ministerio de Justicia, 1998, p. 82. [↑](#footnote-ref-378)
379. A partir del planteamiento de CALAMANDREI, P., según el cual el cometido de la casación consistiría en la nomofilaxis y la uniformidad jurisprudencial, *La casación… Vol 2º, op. cit.,* p. 376, han existido innumerables intentos de perfilar o precisar la finalidad de la casación, por ejemplo, NIEVA FENOLL, J., *El hecho…, op. cit.,* pp. 80 y ss., y *El recurso…, op. cit.,* pp. 76 y ss., señala que la finalidad principal de la casación es la nomofiláctica, la tutela o integridad del ordenamiento jurídico, algo que se posibilita través de una jurisprudencia uniforme. Son también finalidades mediatas la tutela del *ius litigatoris* (desde siempre reforzada, en plano de igualdad, en nuestra casación, con la protección del *ius constitutionis*) así como el principio de igualdad. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Apelación y casación en el proceso civil,* Madrid, 1994, con GARBERÍ LLOBREGAT, J., pp. 170 y ss., “Los fines de la casación…”, *op. cit.*, explicita que la finalidad de la casación estribaría en la unificación de jurisprudencia (que sería la verdadera nomofilaxis en la actualidad), la protección de los derechos constitucionales y la depuración de los quebrantamientos de forma que provocan la nulidad. [↑](#footnote-ref-379)
380. Acerca de la publicación oficial de las sentencias del TS como requisito para la nomofilaxis que empieza en 1838, NIEVA FENOLL, J., *El recurso…, op. cit.,* pp. 30 y 39. [↑](#footnote-ref-380)
381. Ya se ha hecho notar que la casación francesa es fruto de la desconfianza en el poder judicial, integrado por la nobleza (los *robins,* la nobleza judicial de la “toga”, *robe*), que a través de los parlamentos –MONTESQUIEU era el presidente del parlamento de Burdeos- se había opuesto al absolutismo de Luis XV (1766: “Solo en mi persona reside el poder soberano y solo por mí las cortes –los parlamentos- existen y gozan de autoridad…Pues me pertenece exclusivamente el poder legislativo sin condiciones, ni división. La totalidad del orden público emana de mí, pues soy su guardián supremo.”). Y así se afirma que “Por la mañana, el presidente Hénault era magistrado; hacia la tarde era aristócrata”. Ahora bien, recientemente se ha destacado el aperturismo de la aristocracia durante la segunda mitad del S. XVIII, de manera que la burguesía accedía con facilidad inusitada a la misma (dos tercios de la nobleza habían recibido sus títulos durante los S. XVII y XVIII), especialmente con Luis XVI, lo que afectaba de lleno a la magistratura: “dos tercios de todos los magistrados de los Parlamentos de Metz y de Perpiñán eran plebeyos… En Burdeos, Pau y Douai la cifra representaba la mitad y, en Ruán y Dijon, un tercio.” De manera que “el historiador busca en vano una presunta clase revolucionaria –llamémosla la *burguesía*- frustrada en sus intentos de movilidad social ascendente y orientada hacia la destrucción de las clases privilegiadas”. Las citas y datos están tomados del magnífico trabajo de SCHAMA, S., *Ciudadanos (Una crónica de la revolución francesa)*, Barcelona, 2019, pp. 127, 131, 137, 143. [↑](#footnote-ref-381)
382. El hecho de que en los recursos de casación en interés de la ley, que en la actualidad solo está previsto teóricamente en el orden civil, solo se acontezca la unificación de doctrina y no haya tutela del *ius litigatoris*, por cuanto no se consiente revocar resolución alguna, no refuta la argumentación desplegada. Simplemente permite poner en tela de juicio cuál es la naturaleza jurídica de una institución que permite (solo a órganos públicos) acudir a una instancia superior que carece de competencia funcional para revocar el fallo y sustituirlo por otro más favorable. Si se tratase de un recurso, estaríamos además en presencia de una nueva redefinición de la cosa juzgada: el pronunciamiento del TS no va a derogar la eficacia material, directa e indirecta, y procesal del fallo (sobre las partes y terceros especialmente vinculados) impugnado, que permanece incólume, sino que únicamente afectaría a la eficacia material indirecta o procesal sobre situaciones jurídicas análogas. No existe pues, en consecuencia, una aplicación del derecho al caso concreto que comporte la afectación de la realidad material enjuiciada. Lo único que se hace es provocar el criterio u opinión, abstracto, del Alto Tribunal respecto a cuál debe ser en el futuro la intelección de una norma que ha concitado fallos contradictorios. Parece más, pues, una actualización de la *relatio ad Principem* y del *référe*. una vez superado el  *Ejus est interpretari legum cujus est condere,* o como señala la Ley XIV de la Partida I, “Dubdosas seyendo las leyes…; esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo…” El propio legislador en el Apartado XV de la Expo. de motiv. reconocía que “No se trata, es cierto, de un recurso en sentido propio, pues la sentencia que se dicte no revocará otra sentencia no firme (ni rescindirá la firme), pero se opta por mantener esta denominación, en aras de lo que resulta, por los precedentes, más expresivo y comunicativo.” [↑](#footnote-ref-382)
383. Así por ejemplo, GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal,* Valencia 2020, con MARTÍNEZ DÍAZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S., pp. 49 y ss.; MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I,* Valencia, 2019, pp. 114 y ss; GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Instituciones de derecho procesal,* Granada, 1990, pp. 139 y ss. [↑](#footnote-ref-383)
384. STS 521/2020 de 16 de octubre, Rec. 10087/2020, ECLI: ES:TS:2020/3463, FD primero 4, “El recurso de casación cumple una finalidad de unificación de interpretación de la nroma, como una policía jurídica, y al tiempo satisface también las demandas de pretensión de revisión articulada sobre la vigencia del derecho fundamental, ñero desde una visión principalmente referida a la consolidación de la interpretación de la norma y, en menor medida, a la satisfacción del derecho concreto a la revisión del pronunciamiento de condena” [↑](#footnote-ref-384)
385. DÍAZ CABIALE, J.A., *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Valencia, 2018. [↑](#footnote-ref-385)
386. DÍAZ CABIALE, J.A., “El valor de las sentencias civiles cuando en otros procesos se enjuician los mismos hechos”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, Nº. 138, 2019, pp. 5 y ss. [↑](#footnote-ref-386)
387. “La Ley de Enjuiciamiento Civil no dio acogida al que histórica y conceptualmente se fraguó como el recurso de casación que, centrado en la defensa de la Ley y en su significado unitario, cumplía una misión más política y limitativa del Poder Judicial, que propiamente jurisdiccional y se circunscribía a producir la nulidad de la sentencia sin entrar a resolver las cuestiones debatidas. Tuvo en cuenta este modelo, mas no lo reprodujo en su literalidad, ya que el nombre dado al Tribunal no fue el de casación, ni el único efecto de la sentencia el de la nulidad y el devolutorio, con la excepción del recurso de forma, a la par que, si bien subordinando la impugnación a motivos determinados, vino a permitir al Tribunal Supremo el ejercicio de un cometido jurisdiccional, conjugando así la defensa de la Ley y la uniformidad interpretativa, con el discernimiento jurisdiccional de los derechos de las partes en situación de conflicto. Esta viene a ser una vía media, que si no se identifica, por lo dicho, con el carácter del recurso en su pureza histórica y conceptual, tampoco supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de instancia.” Expos. de Mot. de la L 34/84 de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. [↑](#footnote-ref-387)
388. Aunque existe un evidente resabio de la perspectiva que criticamos, cuando se funda la oposición a la posibilidad de que un órgano, constitucional, investido de la potestad jurisdiccional, ostente las necesarias facultades para hacer efectivas sus resoluciones, en el argumento de que ello no responde al modelo originario del TC. [↑](#footnote-ref-388)
389. Apartado XIV Expo. de motiv. LEC. [↑](#footnote-ref-389)
390. Apartado XIV Expo. de motiv. LEC. [↑](#footnote-ref-390)
391. Se aduce también que uno de los propósitos de la reforma es no excluir ninguna material civil del TS, y que este tribunal es también el Juez de la Constitución, aunque de diferentes modos, además de que el amparo es subsidiario.

     Como se puede comprender, ninguno de esos argumentos resulta coherente con la exclusión absoluta que padece el Juez de la Constitución respecto de los quebrantamientos de forma con trascendencia constitucional (es decir, la Ley de Enjuiciamiento Civil casi en bloque). [↑](#footnote-ref-391)
392. El TC anuló por segunda vez (en la primera el TS había negado la vulneración del derecho al honor), STC 186/2001, una resolución respecto del mismo asunto del TS y además, revocando el criterio de este tribunal, fijó la cuantía en la que consistía la reparación del derecho al honor. [↑](#footnote-ref-392)
393. Y así lo asume la jurisprudencia, por ejemplo, STS, Sala Segunda, Sección 1ª, núm 2056/2018, ECLI: ES:TS:2018:2056 Id Cendoj: 28079120012018100267, 08/06/2018 Nº de Recurso: 1206/2017, FD Sexto, “Una cosa son las facultades del Tribunal en la instancia, y otra las que vienen legalmente atribuidas a un Tribunal de casación: solo puede corregir los defectos de la sentencia en cuanto sean denunciados por partes legitimadas para hacerlo. No puede de oficio -o a instancia de parte no habilitada para una determinada petición- corregir otras deficiencias. Está constreñido por ese marco legal. Su posición es muy distinta a la del Tribunal de instancia.”. Aunque, FD Duodécimo, suaviza dicha afirmación, y el rigor del art. 240.2 LOPJ, “Ahora bien, esa disposición ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal o ritual. Cabe introducir dosis de flexibilidad. Será factible la nulidad cuando esa sea la consecuencia natural o inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad y formalmente los términos de la nulidad que materialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita ( STS 299/2013, de 27 de febrero ).” [↑](#footnote-ref-393)
394. [↑](#footnote-ref-394)
395. STS 521/2020 de 16 de octubre, Rec. 10087/2020, ECLI: ES:TS:2020/3463, FD tercero. El tribunal examina, y aprecia, de oficio la indebida cuantificación de la pena que no se había alegado ni en apelación ni en casación, argumentado que: i) es una cuestión de orden público la observancia de la legalidad en la aplicación de las penas; ii) se trata de un derecho fundamental la necesidad fundamentación (nótese que en realidad no era un supuesto de ausencia de fundamentación, sino de una fundamentación indebida); iii) vulneración de derecho sustantivo que beneficia al reo (nuevamente, con todos los respetos, se confunde la infracción directa e inmediata del derecho procesal, vicio *in iudicando,* con la indirecta y mediata del derecho sustantivo). [↑](#footnote-ref-395)
396. [↑](#footnote-ref-396)
397. El culmen de esta tendencia se encuentra en el art. 584.4ª del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013, que señalaba, con carácter general en la regulación de los recursos frente a sentencias, “4ª.- No podrá decretarse la nulidad si no ha sido solicitada por alguno de los recurrentes.” Además, el art. 593, dentro de la apelación, señala que el recurrente debe indicar si cabe la subsanación, y el art. 621, dentro de la casación, remite al primero. [↑](#footnote-ref-397)